Bruning

Theorie

der

summarischen Processe,

nach den Grundsätzen

des

gemeinen deutschen Rechts,

mit

Ausschluß des Concursprocesses,

zunächst

für seine Zuhörer bestimmt

von

Dr. **Hieronymus v. Bayer,**

königl. bayer. Hofrath und öffentlichem ordentlichen Professor der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München, Ritter des Civilverdienstordens der bayer. Krone, und des Verdienstordens vom heil. Michael.

Sechste vermehrte und verbesserte Auflage.

Zweiter Abdruck.

München,

Verlag der Literarisch-Artistischen Anstalt.

1853.

Vorrede zur ersten Auflage.

Seitdem der Unterzeichnete über Theorie der summarischen Processe Vorlesungen hält, hat derselbe des Herrn Geh. Justizrathes Dr. Christ. Martin treffliches Lehrbuch dabei zu Grunde gelegt. Der concise Styl, in welchem dieses Lehrbuch abgefaßt ist, kann demselben bei seiner Bestimmung allerdings nicht zum Vorwurfe gereichen; allein er wird doch immer bei der Mehrzahl der Zuhörer den Wunsch rege machen, die Erläuterungen und Zusätze des Lehrers während der Vorlesung aufzuzeichnen. Welche Uebelstände aber mit solchen Aufzeichnungen verbunden sind, weiß Jeder aus

eigner Erfahrung. Nimmt man bei dem mündlichen Vortrag auf die Wünsche Derjenigen, welche schreiben wollen, keine Rücksicht, so enthalten die von den Zuhörern gebildeten Hefte häufig nur ein Aggregat halbaufgefaßter oder mißverstandener Sätze, welche weder der Lehrer als das Resultat seiner Mittheilungen anerkennen, noch der Zuhörer als Hülfsmittel bei seinem Privatstudium mit Erfolg benützen kann. Das Dictiren raubt aber nicht nur viele Zeit, sondern, — was noch schlimmer ist, es entzieht leicht dem mündlichen Vortrage die nöthige Aufmerksamkeit, weil man das Erheblichste doch in den Dictaten zu erhalten hofft. — Nur um diesem Uebelstande abzuhelfen, hat sich der Unterzeichnete entschlossen, Dasjenige, was er bisher zum Behufe seiner Vorlesungen gesammelt und ausgearbeitet hatte, dem Drucke zu übergeben. Weitere Ansprüche, als den Zuhörern des Verfassers das Studium zu erleichtern, macht die vorliegende Schrift durchaus nicht.

Was die Literatur betrifft, so habe ich mich nur auf die Anführung solcher Werke beschränkt,

welche mir durch eigene Benützung bekannt geworden sind. — Allerdings hat zwar die Angabe aller einigermaßen bedeutenden Abhandlungen, welche über irgend einen Gegenstand erschienen sind, einen für sich bestehenden Werth, welcher nicht davon abhängt, ob sie der Anführende selbst gelesen hat, oder nicht. Da es jedoch für Denjenigen, der sich die Kenntniß der vollständigen Literatur über eine einzelne Lehre verschaffen will, an Hülfsmitteln nicht mangelt, und da die bedeutenderen Schriften in Martins Lehrbuche, — welches sich ohnehin in den Händen der meisten Zuhörer befindet, — angeführt sind, so glaubte ich mich der Mühe einer wiederholten Zusammenstellung, welche den Ankauf des Buches für Manchen erschwert haben würde, überheben zu dürfen.

Daß ich die Darstellung des Concursprocesses gänzlich ausgeschlossen habe, glaube ich dadurch rechtfertigen zu können, weil gewiß nicht die summarische Natur desselben, sondern Eigenthümlichkeiten ganz anderer Art diesem Verfahren eine besondere Stelle in dem Systeme des Civilprocesses

angewiesen haben. Auch in anderen, neueren Lehrbüchern und Grundrissen ist der Concursproceß zwar als ein außerordentliches Verfahren, aber doch von den summarischen Processen getrennt vorgetragen.

München, den 23. Febr. 1830.

Dr. Bayer.

Vorrede zur fünften Auflage.

Da die Bestimmung dieses Buches seit dessen Erscheinen dieselbe geblieben ist, und ich mich hierüber bereits in der Vorrede zur ersten Auflage erklärt habe, so kann ich das Vorwort zu der gegenwärtigen Auflage auf eine kurze Nachweisung Dessen beschränken, wodurch dasselbe vermehrt, und — wie ich glaube — verbessert worden ist. — Die Zahl der Paragraphen ist allerdings mit einer einzigen Ausnahme (§. 42) nicht stärker geworden; allein eine Vergleichung mit den früheren Auflagen wird die Ueberzeugung gewähren, daß ich nicht bloß die neuere Literatur über die einzelnen abgehandelten Gegenstände gehörigen Orts nachgetragen, sondern dieselbe auch benützt, meine Dar-

stellung hiernach vervollständiget und da, wo ich mich durch abweichende Ansichten überzeugt fühlte, auch abgeändert oder berichtiget habe. Dankbar erwähne ich hier der zweiten, umgearbeiteten Auflage des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes (Vierter Beitrag) von Mittermaier, welche ich bei allen einzelnen Lehren, — so weit sich die Darstellung auf das gemeine Recht bezieht, sorgfältig verglichen und berücksichtiget habe. — Die Geschichte des Executivprocesses ist nach Briegleb's trefflichen Untersuchungen über executorische Urkunden gänzlich umgearbeitet worden. In der Lehre von dem Arrestprocesse schienen mir die von Quentin gegen die gewöhnliche Meinung von der Causa arresti entwickelten Gründe so erheblich, daß ich die letztere verlassen und die Arrestursache auf engere Gränzen zurückführen zu müssen glaubte. In Bezug auf die possessorischen Processe, insbesondere den Spolienproceß, dann das s. g. possessor. ordinarium und summariissimum bin ich jedoch, der neuerlich dagegen erhobenen Einwendungen ungeachtet, mit Heerwart, Geiger u. A. im We-

sentlichen der Ansicht treu geblieben, welche hierüber von Savigny in dem Werke von dem Rechte des Besitzes aufgestellt hat. Die in der sechsten Auflage des letztgenannten Werkes enthaltenen Bemerkungen in Betreff einiger Punkte in meiner Darstellung des possess. summariiss. sind schon in der vierten Auflage der gegenwärtigen Schrift berücksichtigt worden.

München, den 16 Mai 1841.

Dr. Bayer.

Uebersicht.

§. 1.

Begriff des summarischen Verfahrens.

Von der ordentlichen, d. h. derjenigen Verfahrungsart, welche den Gesetzen und dem Gerichtsgebrauche zufolge bei der gerichtlichen Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten die Regel bildet, findet zuweilen aus besonderen Gründen eine Abweichung statt. In solchen Ausnahmsfällen nennt man nun das Verfahren im Gegensatze zu dem ordentlichen ein außerordentliches, und, insofern die Abweichung den Zweck hat, einen schnelleren Rechtsgang zu bewirken, ein summarisches [1]). — Außerordentlicher und summarischer Proceß sind demnach nicht gleichbedeutend [2]), obwohl sie nicht selten als gleichbe-

[1]) Martin, Lehrb. 12te Aufl. §. 139. Not. h und §. 236. Dr. Wolfg. Heinrich Puchta. Ueber die Gränzen des Richteramts S. 51. Aug. W. Heffter, Institutionen des Proc. S. 419 ob. (2te Ausg. S. 482 flg.) C. F. Mühlenbruch, Entwurf des Civilproc. S. 235 a. E. und 236.

[2]) Vergl. Just. Thim. Balt. Linde, Lehrb. des Civilproc. 6te Aufl. §. 323. — Mackeldey, Grundriß zu Vorl. über gem. und preuß. Civilpr. Bonn 1833 im Anhange §. 1.

deutend gebraucht werden [3]). Es ist aber auch kein Grund vorhanden, den Ausdruck „summarischer Proceß" gänzlich zu verwerfen [4]), da derselbe doch eine eigene Art des außerordentlichen Verfahrens bildet, welche sich durch ein besonderes Merkmal, nämlich durch ein auf Beschleunigung der Sache gerichtetes Bestreben auszeichnet.

---

§. 2.

Allgemeine Bestimmung der Aufgabe, welche die Theorie der summarischen Processe zu lösen hat.

Die Theorie der summarischen Processe hat die Beantwortung folgender zwei Fragen zum Gegenstande:

I. In welchen Fällen, oder aus welchen Gründen ist es gestattet, oder wohl gar geboten, die Regel des ordent-

---

3) „J. A. Mittermaier, der gem. d. b. Proceß. Vierter Beitrag. 2te Aufl. S. 5 flg. — Die Benennung „summarischer Proceß" wurde ohne Zweifel durch die im Röm. Recht öfter vorkommenden Ausdrücke: summatim cognoscere, summar. cognitio (Fr. 3. §. 9. D. 19. 4 (Ad exhib.) — Fr. 2. §. 4. D. 37. 9. (De Carbon. edict.) — Fr. 1. §. 14. D. 37. 8. (De ventre in poss. mitt.) — Fr. 15. §. 4. D. 42. 1. (De re jud.) — Fr. 1. §. 9. D. 46. 5. (De stipul. praetor.) veranlaßt, obgleich diese Ausdrücke keineswegs eine durchgängig beschleunigte Verhandlung der Sache bezeichneten. Fr. 40. De 9. 2. (Ad. leg. Aquil.) Vgl. v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. S. 231 flg. Vgl. noch: A. W. S. Francke, der gem. d. u. Schleswig-Holst. Civilproceß. II. Thl. Hamburg 1844 §. 3. Die daselbst Note 1. allegirte Dissert. von Briegleb habe ich noch nicht erhalten.

4) Wie Mittermaier vorschlägt im Archiv für die civ. Prax. Bd. VII. Heft 3. S. 390 und 393.

lichen Verfahrens zu verlassen, und ein schnelleres Verfahren einzuleiten?

II. Worin besteht die Abkürzung in diesen Fällen, d. h. durch welche Abweichungen von der Form des ordentlichen Processes wird die Beschleunigung bewirkt?

---

§. 3.

Von den Fällen, in welchen ein summarisches Verfahren eintritt.

Die Beantwortung der ersten Frage ist bisher auf doppelte Art versucht worden. Einige Proceßlehrer, besonders die älteren, haben sich darauf beschränkt, ein Verzeichniß der einzelnen Fälle aufzustellen, für welche entweder A) das Röm. Recht ein *extra ordinem* — *summatim* — *de plano* cognoscere, oder überhaupt eine Beschleunigung des Verfahrens vorschreibt; oder wo B) das Canonische Recht von einem Verfahren *sine strepitu et figura judicii* spricht [1]).

Andere dagegen, besonders neuere, haben sich bemüht, die Motive auszumitteln, durch welche das positive Recht in jenen einzelnen Fällen zur Anordnung oder Gestattung

---

[1]) Das vollständigste Verzeichniß dieser Art, welches ich kenne, findet sich unter den älteren Proceßlehrern bei *Rob. Maranta*, Praxis, sive de ord. judic. vulgo specul. aur. (Coloniae Agripp. 1508. 4. P. IV. dist. 9. p. 120—152), worauf auch Eichhorn in der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Thl. III. §. 463. not. d. (Ausg. v. 1822) aufmerksam macht. — Unter den neueren Rechtslehrern hat Claproth (Einleitung in sämmtl. summ. Proc. 3te Aufl. §. 4) die vollständigste Enumeration der einzelnen Fälle, jedoch schon nach gewissen allgemeinen Gesichtspunkten classificirt, geliefert.

eines schnelleren Verfahrens bewogen werden konnte, und sind auf diesem Wege dahin gelangt, nicht mehr bloß eine Reihe von einzelnen, summarisch zu behandelnden Sachen aufzuführen, sondern allgemeine Grundsätze aufzustellen, durch welche ein schnelleres Verfahren gerechtfertiget wird, und nach welchem in concreto jedesmal bestimmt werden soll ob summarisch zu verfahren sey, oder nicht [2]).

Diese neuere Methode hat allerdings den Vorzug größerer Einfachheit und einer mehr befriedigenden Begründung der Sache; — auch beruht es gewiß auf einem Mangel genauerer Kenntniß des älteren Röm. Gerichtsverfahrens und der allmählich bis auf Justinian damit vorgegangenen Veränderungen, wenn man mit den älteren Praktikern in allen denjenigen Fällen, wo nach dem früheren Röm. Rechte extra ordinem cognoscirt wurde — ein summarisches Verfahren in unserem Sinne auch zu Justinians Zeit noch annehmen zu dürfen glaubt [3]). Wenn

---

[2]) Vor allen verdient hier genannt zu werden v. Grolman (Theor. des gerichtl. Verf. 4te Aufl. §. 221—223.), W. H. Puchta (Ueber die Gränzen des Richteramtes §. 19). v. Gönner (Handb. Bd. IV. Abh. 80. §. 3 flg.) hat, wie er selbst anführt, nur eine Kritik der Claproth'schen Darstellung zu liefern beabsichtigt.

[3]) Denn nach Diocletian wurden alle judicia extraordinaria, oder vielmehr es verschwand der bis dahin als Regel beobachtete ordo judiciorum, und damit mußte auch die Ausnahme ihre Bedeutung verlieren. Selbst dann, wenn früherhin alle causae extraord. cognition. nur um deßwillen von dem regelmäßigen Verfahren ausgenommen worden wären, weil man bei denselben eine Beschleunigung nothwendig oder räthlich gefunden — was sich jedoch nicht einmal behaupten läßt (Mühlenbruch, Entw. S. 235 flg.), so würde noch immer daraus nicht folgen, daß diese Sachen

man jedoch erwägt, daß sich der Gerichtsgebrauch in Deutschland an jene Darstellung der älteren Praktiker angeschlossen hat, und daß nicht nur in vielen deutschen Particularproceßordnungen, sondern selbst in Reichsgesetzen [5]) unzweideutige Spuren der Billigung und Befolgung jener Ansicht vorkommen, so dürfte es doch immer vorzuziehen seyn, insofern nicht die Gesetze selbst einen allgemeinen Grund ausdrücklich anführen [5]), die summa-

---

auch unter Justinian noch schneller als andere behandelt werden mußten. Denn da die Ausnahme zur Regel geworden war, so hätte, um die bisherige Ausnahme als solche zu erhalten, etwas Abweichendes, Eigenthümliches im Verfahren für die Ausnahmsfälle bestimmt werden müssen. Dieses ist aber nicht geschehen. A. M. Heffter, Inst. (1ste Ausg.) S. 409. Nr. 2. — Vergl. Hugo, Lehrb. des heut. R. R. 5te Aufl. §. 303. S. 232. A. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Röm. Reichs. Bonn 1834. S. 381. Schon *Durantis* (Specul. edit. Venet. 1566. lib. I. part. 1. De officio omn. jud. pag. 227 seq.) unterschied caus. summarias und extraordinarias, und von beiden wieder die Sachen, welche de plano cognoscuntur.

[4]) Vgl. vorz. C. G. O. 1555. Th. III. Tit. 3., wo die in den §§. 6, 12, 13, 15, 25—29 als causae extraord. angeführten Sachen offenbar aus dem Kataloge der caus. summ. der damaligen Praktiker entlehnt sind. — Zwar ist öfter bemerkt worden, daß die caus. extraord. bei dem R. C. G. mit caus. summ. nicht zu verwechseln seyen (S. die Ausg. des Concepts der C. G. O. von Joh. Jac. Zwirlein, Frkf. 1753 S. 279 not. * und S. 356 a. E. not. a v. Grolman, Theorie des ger. Verf. S. 380 not. 1); allein aus dem Conc. der C. G. O. Th. III. Tit. 2 und Tit. 43 ergibt sich doch wohl bestimmt genug, daß es wenigstens anfangs bei den caus. extraord. auf Beschleunigung abgesehen war, wenn auch in der Folge diese Absicht nicht erreicht wurde. — Heffter Inst. S. 420 und 421.

[5]) Z. B. C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 23 und Th. III. Tit. 3. §. 8.

risch zu behandelnden Sachen mit Rücksicht auf das was sich durch die deutsche Praxis festgestellt und ausgebildet hat, einzeln aufzuzählen, um so mehr, als bei der Aufstellung allgemeiner Rechtfertigungsgründe eine Unbestimmtheit nicht zu vermeiden ist, welche willkürlichen Subsumtionen einen allzufreien Spielraum gestattet [6]. — Die neuesten Proceßlehrer sind auch wirklich zum Theil wieder zu der älteren Behandlung zurückgekehrt [7]. Hält man sich nun aber an dasjenige was der deutsche Gerichtsgebrauch in Folge einer richtigen oder unrichtigen Auslegung des Röm. und Canon. Rechtes, oder der Reichsgesetze den causis summariis mit wenigstens vorherrschender Uebereinstimmung beizählte, so dürfte das summarische Verfahren in folgenden Fällen zu rechtfertigen seyn:

I. Wegen der Geringfügigkeit des Betrages, bei s. g. Bagatellsachen [8]. — Welche Sachen als geringfügig zu betrachten seyen, ist jedoch gemeinrechtlich nicht bestimmt [9], weßhalb in Ermanglung par-

---

6) Vgl. Mittermaier im Arch. für civil. Prax. Bd. VIII. Heft 1 S. 111 flg.

7) Mittermaier a. a. O. S. 107 flg. Heffter, Institut. S. 420 flg. (2te Ausg. S. 484 flg.) Linde, Lehrb. §. 329. Mühlenbruch, Entw. §. 585 flg.

8) Nov. 17 c. 3, wo die Worte „ἀγράφως τέμνειν" gewiß auf eine Beschleunigung hindeuten sollen. Die Novelle 69 c. 1, welche ebenfalls zur Unterstützung des obigen Satzes angeführt wurde, spricht nicht von dem Verfahren, sondern nur von dem Gerichtsstande. — Ueber die Abkürzung und die Eigenthümlichkeit des Verfahrens in geringfügigen Sachen s. unten.

9) Zwar kommen im Röm. Rechte bei anderen Gelegenheiten dergleichen Werthbestimmungen vor; allein theils die Verschiedenheit des Zweckes, theils die Nichtübereinstimmung

ticularrechtlicher Vorschriften [10]) die Beurtheilung dieser Frage in jedem vorkommenden Falle dem richterlichen Ermessen überlassen werden muß, wobei insbesondere das Verhältniß des Werthes der Streitsache zu den Proceßkosten berücksichtigt werden sollte [11]).

II. Wegen Gefahr auf dem Verzuge (periculum in mora) werden insbesondere für summarisch erklärt:

1) Alimentensachen. Das Röm. Recht enthält jedoch nur die Vorschrift, daß, wenn ein persönlicher status abgeläugnet wird, um der Alimentationspflicht zu entgehen, die Richter jenen Präjudicialpunkt *summatim* untersuchen [12]), sowie, daß Alimentationsgesuche auch an Feiertagen von der Obrigkeit angenommen werden sollen [13]). Diese Bestimmungen rechtfertigen noch keineswegs den allgemeinen Satz, daß alle Klagen auf Alimente summarisch zu verhandeln seyen. Selbst die C. G. O.

---

der Summen selbst macht diese Vorschriften unbrauchbar. — Heffter, Instit. (2te Ausg.) S. 486. Not. 274.

10) In den neueren deutschen Particulargesetzen ist die Geringfügigkeit gewöhnlich nach einer feststehenden Summe bestimmt. — Mit Rücksicht darauf glaubt Mittermaier eine Sache, deren Betrag nicht 50 fl. übersteigt, für geringfügig erklären zu dürfen. Arch. für civ. Prax. Bd. VIII. Heft 1. S. 116. — Gewisse Sachen werden übrigens nie den geringfügigen beigezählt. — Mittermaier a. a O. S. 120 bis 126. — Vgl. über das Ganze: Mittermaier, der gem. d. Pr. Vierter Beitr. 2te Aufl. S. 89 — 99. — Borst, Grundlinien für eine vernünft. Ges. S. 84.

11) *Maranta* de ord. jud. p. IV. dist. IX. nro. 188 flg.

12) Fr. 5. §. 8. D. 25. 3. (De agn. et alend. lib.) Vgl. über diese Stelle v. Savigny in der Zeitsch. für gesch. R. W. Bd. VI. S. 237. lit. c.

13) Fr. 2. D. 2. 12. (De feriis.)

von 1555 [14]) läßt sich so generell nicht wohl auslegen. Daher hat man das summarische Verfahren mit Recht auf solche Fälle beschränkt, wo ein directer Anspruch auf Alimentation gemacht wird, und zugleich Gefahr auf dem Verzuge haftet; also wo es um augenblickliche Lebensfristung zu thun ist. — In solchen Fällen ist insbesondere auch kein vollständiger Beweis des Verpflichtungsgrundes zur Leistung der Alimente nothwendig, sondern es genügt eine bloße Bescheinigung. Wenn hingegen bloß um die Nachzahlung rückständig gebliebener Alimente gestritten wird; oder wenn der Anspruch nicht direct auf Alimentation gerichtet ist, so findet das summarische Verfahren nicht statt, insofern nicht ein anderer Rechtfertigungsgrund dafür vorhanden ist [15]).

2) Baustreitigkeiten, insbesondere solche, welche sich auf eine nunciatio novi operis [16]), oder auf eine cautio damni infecti [17]) beziehen.

3) Ueberhaupt Anträge auf provisorische Verfügungen [18]), von welcher Art dieselben auch seyn mögen, insofern die Beibehaltung des ordentlichen Ver-

---

14) C. G. O. Thl. III. Tit. 3. §. 12.

15) Mittermaier a. a. O. S. 126.

16) c. un. C. 8. 11. (De novi oper. nunc.) Die Verordnung von Kaiser Zeno (c. 12. C. 8. 10. De aedif. priv.) enthält eine Bauordnung, aus welcher etwa nur der §. 7 für die schnellere Verhandlung solcher Sachen angeführt werden könnte, wenn die Stelle überhaupt anwendbar wäre. — C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 3. §. 27. — Vgl. über das Ganze: Mittermaier a. a. O. S. 128 flg.

17) C. G. O. a. a. O. §. 28. — Gränzstreitigkeiten eignen sich zwar zu einem außerordentlichen, aber nicht zum summarischen Verfahren. Linde, Lehrb. §. 329. Not. 7.

18) Mittermaier, der d. Pr. Beitr. VI. S. 65 flg.

fahrens mit der Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens verbunden wäre.[19]) Aus diesem Grunde eignen sich namentlich zur summarischen Behandlung Arrestsachen, Sequestrations-Anträge[20]), auch Anträge auf provisorische Besitzeinweisung[21]) u. dgl.

III. Wegen des Verhältnisses einer Streitsache zu einer andern, welche in Bezug auf jene als Hauptsache erscheint:

1) Bloß vorbereitende Sachen (causae praeparatoriae), insbesondere Provocationen ex lege Diffamari[22]) und Si contendat, dann Exhibitionsklagen[23]). — Auch reine Besitzstreitigkeiten können zuweilen unter diesen Gesichtspunkt gestellt werden[24]).

2) Bloße Incidentstreitigkeiten, z. B. über die Verbindlichkeit zur Leistung von Proceßcautionen[25]), über restitut. in integr. gegen Versäumnisse, über die

---

[19]) C. G. O. Thl. II. Tit. 23 u. Thl. III. Tit. 3. §. 7 u. 8.

[20]) C. G. O. a. a. O. §. 19.

[21]) Fr. 1. §. 14 D. 37. 9. (De ventre in poss. mitt.) — Fr. 3. §. 4. D. 37. 10. (De Carbon. edict.) C. G. O. a. a. O. §. 25 u. 26.

[22]) C. G. O. a. a. O. §. 16.

[23]) Fr. 3. §. 9 u. 13. D. 10. 4. (Ad exhibend.)

[24]) Besitzstreitigkeiten werden jetzt überhaupt zu den summarischen Sachen gezählt, auch ohne Rücksicht auf ihre präparatorische Eigenschaft. C. G. O. a. a. O. §. 6 („causae spolii") §. 14. („Sachen der strittigen Possession") §. 25. („missio ex edicto D. Hadriani"). Ob dieselben auch schon nach Röm. Rechte schneller behandelt wurden, darüber wird später bei der besonderen Darstellung des possessorischen Processes das Nöthige bemerkt werden.

[25]) Fr. 1. §. 9 D. 46. 5. (De stipul. praetor.) Arg. C. G. O. a. a. O. §. 28.

Zuständigkeit des Gerichts[26]) u. dgl. m. Wenn jedoch ein solcher Incidentpunkt beiläufig in einem die Hauptsache selbst betreffenden Vortrage angeregt wird, so wird derselbe nicht immer von dem Hauptverfahren losgerissen, sondern nebenher in diesem instruirt, und dann participirt er auch an der Form des Hauptverfahrens[27]).

IV. Aus polizeilichen Rücksichten werden summarisch behandelt:

1) Gesindesachen[28]), zu welchen jedoch nur Streitigkeiten über den Dienstlohn, über Antritt, Dauer

---

[26]) C. G. O. §. 1. Noch andere Beispiele ebendaselbst §§. 2, 3, 9, 10, 11. Auch das Executionsverfahren, sowie das Verfahren in Folge einer Nullitäts-Beschwerde soll gemäß der C. G. O. ein außerordentliches seyn. §. 13 u. 17. — Einige in der C. G. O. genannte Fälle gehören übrigens gar nicht in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit, z. B. tutorum et curatorum petitio, insinuationes donationum.

[27]) Dieses trifft insbesondere dann gewöhnlich zu, wenn solche Incidentanträge im ordentlichen Processe in der Form dilatorischer Einreden mit der eventuellen Einlassung in der Hauptsache verbunden werden.

[28]) Arg. Fr. 9. §. 3. D. 1. 16. (De off. procons.) — Unter Bezug auf Stellen des alten und des neuen Testaments (Deut. c. 24. v. 15. Matth. c. 20. v. 8.) wurden Streitigkeiten über Bezahlung des Dienstlohnes schon von älteren Schriftstellern (z. B. von R. Maranta l. c. p. 150. Nr. 197) zu den causis summariis gerechnet. In neuerer Zeit sind Dienstbotensachen, sowie manche andere summarisch zu verhandelnde Gegenstände nicht selten der Competenz der ordentlichen Civilgerichte entzogen und der polizeilichen Cognition zugewiesen worden. Auch hat man Streitigkeiten zwischen Handwerksmeistern und Gesellen oder Lehrjungen wegen der Aehnlichkeit des Verhältnisses den Gesindesachen gleichgestellt. Hingegen Streitigkeiten zwischen Bediensteten höherer Art, z. B. Verwaltern, Anwälten, Aerzten u. dgl. und ihren Vorgesetzten oder Clienten werden nicht hieher

und Aufkündigung des Dienstes, so wie über die Art und das Maß der zu leistenden Dienste gezählt werden sollen [29]).

2) Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, insofern dieselben bloß die häusliche Zucht, oder die Vernachlässigung und Verletzung häuslicher Pflicht betreffen [30]).

3) Streitigkeiten über die Räumung gemietheter Wohnungen [31]).

V. Aus begünstigender Rücksicht auf Personen eignen sich zum summarischen Verfahren Sachen

---

gezählt, obgleich wenigstens Honorariensachen nach Röm. R. zur extraord. cognitio geeignet waren, und sich daher nach der einmal bestehenden Ansicht ein summar. Verfahren hier ebensowohl, wie in andern causis extraord. rechtfertigen läßt.

29) Außerdem werden von Einigen auch Injurienhändel zwischen Herrschaften und Dienstboten den summarischen Sachen beigezählt. S. jedoch darüber Mittermaier der g. d. Proc. 4ter Beitr. 2te Aufl. S. 102. lit. e.

30) Fr. 9. §. 3. D. 1. 16. (De off. proc.) c. 4. C. 8. 47. (De patr. pot.) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 134. Für die im Texte angegebene Beschränkung sprechen übrigens schon die beiden Stellen des Röm. Rechts. — Daß auch Streitigkeiten zwischen dem Vormund und dem Mündel summarisch verhandelt werden sollen, läßt sich nicht beweisen. Die C. G. O. §. 18 spricht nicht von processualischen Verhältnissen. Nur dann dürfte der Analogie zufolge eine Ausnahme zu machen seyn, wenn die Beschwerde des Vormundes die Unterstützung seiner disciplinären Gewalt zum Zwecke hätte.

31) Fr. 1. §. 2. D. 43. 32. (De migrando) Heffter, System (2te Ausg.) S. 485. not. 268. In neueren Gesetzgebungen ist übrigens die Summarietät nicht selten auf alle Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethern von Wohnungen in Betreff des Miethverhältnisses ausgedehnt worden.

der Schiffbrüchigen [32]), was nicht selten überhaupt auf Sachen der Reisenden ausgedehnt worden ist [33]). Selbst alle Sachen armer und mitleidswürdiger Personen wurden von den älteren Praktikern den summarischen beigezählt, allein ohne hinreichenden Grund [34]).

VI. Zur Aufrechthaltung und Beförderung des Credits findet das summarische Verfahren statt in

---

32) c. 5. C. 11. 5. (De naufrag.) *Maranta* l. c. Nr. 187. — Heffter, System (2te Ausg.) S. 485. not. 270.

33) Wozu jedoch nach gemeinem Rechte kein hinlänglicher Grund vorhanden ist. Denn die Nov. 80 paßt gar nicht hieher, und die Analogie der c. 5. C. De naufrag. ist wegen der Singularität des darin berührten Falles doch nicht stringent genug. — In älteren Landesgesetzen kommt jedoch allerdings hie und da ein s. g. Gastrecht vor, in Folge dessen der Fremde, als Beklagter, eine Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens ansprechen konnte, z. B. bayer. Landrecht von 1616. Tit. 19. Art. 8. — Anmerk. zur bayer. GO. von 1753. c. 8. §. 6. lit. c. — Die Begünstigung, welche neuere Gesetze den Reisenden angedeihen lassen, reichen übrigens weiter als das altdeutsche Gastrecht, insofern sie denselben, auch als Klägern, eine schnellere Rechtshülfe zusichern, wenn die Forderung aus Anlaß der Reise entstanden ist. Z. B. bayer. Ges. vom 17 Nov. 1837 §. 1. nro. 5. — Vgl. über das Ganze Mittermaier der g. d. Pr. Beitr. IV. (2te Aufl.) S. 104 nro. 4.

34) *Maranta* l. c. nro. 193. — Man berief sich zur Rechtfertigung theils auf die Worte der Nov. 17. c. 3. maxime *vilium* (μάλιστα τῶν εὐτελεστέρων), theils auf das Gerichtsstandsprivilegium der Armen nach c. un. C. quando imperat. inter. pup. etc. Allein die Nov. 17. c. 3. spricht nur von geringfügigen Sachen (welche freilich in der Regel bei nicht Wohlhabenden vorkommen), und mit dem Gerichtsstandsprivilegium steht sogar der Schluß der Nov. 17. c. 3. in Widerspruch.

Wechselsachen [35]), sowie überhaupt in klaren verbrieften Schuldsachen [36]); ferner

VII. wegen präsumtiver Zwecklosigkeit einer vorläufigen Aufforderung zur Vertheidigung bei Beschwerden über solche Handlungen, welche sich auf keinerlei Weise rechtfertigen lassen (*facta nullo jure justificabilia.*) [37]) — Auch werden gewöhnlich

VIII. Rechnungssachen den summarischen beigezählt, und endlich sind IX. Ehestreitigkeiten, insofern sie sich auf die Gültigkeit der Ehe oder auf Scheidung beziehen [38]), in dem Canonischen Rechte ausdrücklich

---

[35]) J. R. A. §. 107. — Schon bei Maranta l. c. nro. 48 wird jede Sache für summarisch erklärt, quae ventilatur in curia mercatorum. — Merkwürdig sind zum Theil die Gründe, welche man damals anführte, um zu beweisen, daß Handelssachen schon nach gemeinem Rechte zur summarischen Verhandlung geeignet seyen. Man berief sich nämlich u. a. nicht nur darauf, daß die curia mercatorum aequiparatur curiae ecclesiasticae, ubi proceditur de aequitate, sondern wandte sogar die c. un. C. quando imp. inter pup. vel vid. vel alias miserabiles person. etc. (3, 14) auf mercatores an. *Maranta* (vielmehr P. Follerius in addit.) nro. 149.

[36]) D. A. v. 1600 §. 31 u. 32. und unten in der Darstellung des Executivprocesses.

[37]) E. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23 und unten bei der Darstellung des Mandatprocesses.

[38]) Streitsachen unter Ehegatten, welche sich bloß auf Vermögens-Verhältnisse beziehen, werden jetzt den summarischen nicht mehr beigezählt, obgleich früherhin wenigstens dann, wenn in casu soluti matrimonii auf restit. dotis geklagt wurde, die Sache des Zusammenhanges wegen auch für eine summarische erklärt wurde. Maranta l. c. nro. 173. — Wenn bloß häusliche Zwistigkeiten den Gegenstand der Klage bilden, so rechtfertigt sich das summarische Verfahren schon aus dem polizeilichen Gesichtspunkte.

als summarisch zu verhandelnde Sachen bezeichnet [39]). In den Particulargesetzen einzelner deutscher Länder kommen außer den bisher aufgezählten causis summariis auch noch manche andere vor [40]).

---

[39]) Clem. 2. De jud. (2. 1). — Streitigkeiten über Gültigkeit und Scheidung der Ehe haben übrigens, auch abgesehen von der Beschleunigung des Verfahrens, viele Eigenthümlichkeiten, welche theils in der gesetzlichen Begünstigung des ehelichen Verhältnisses, theils in der höheren Ansicht, daß die Auflösung der Ehe nicht der Gegenstand willkürlicher Uebereinkunft der Ehegatten selbst seyn dürfe, ihren Grund haben; — und welche eben deßhalb den gewöhnlichen Proceßregeln, z. B. über die Wirkung des Geständnisses, des freiwilligen Eides, der Rechtskraft u. dgl. mehrfach Abbruch thun. — Selbst auf das Verfahren der protestantischen Ehegerichte sind die deßfallsigen Bestimmungen des Canon. Rechts nicht ohne Einfluß geblieben. — *J. H. Böhmer*, J. E. P. II. 1, 12. l. 32, 18. Danz, summ. Proc. §. 100 flg. Heffter, System (2te Ausg.) S. 486 not. 275. Die Clem. 2. De jud. zählt übrigens außer den caus. matrim. auch noch mehrere andere auf, welche simpliciter et de plano etc. verhandelt werden sollen. Allein sie gehören theils gar nicht in das Gebiet des Civilprocesses, theils sind sie späterhin dem forum saeculare zugewiesen und dadurch auch den hier geltenden Gesetzen über das Verfahren unterworfen worden.

[40]) Z. B. Streitigkeiten über häufig vorkommende Frevel unter Landleuten in Bezug auf Landwirthschaft, Injuriensachen u. dgl. Vgl. das bayer. Ges. vom 17 Nov. 1837. §. 1. nro. 7 und 9.

§. 4.

Von den verschiedenen Mitteln, eine Beschleunigung des Verfahrens zu bewirken.

Eine Abkürzung des gewöhnlichen Verfahrens läßt sich im allgemeinen auf doppelte Art denken. Sie kann nämlich bewirkt werden A) durch Hinweglassen, und zwar a) bloßer Formen des ordentlichen Processes[1]), oder b) selbst materieller Bestandtheile[2]); B) durch Zusammenrücken processualischer Handlungen, indem entweder a) Handlungen, welche im ordentlichen Verfahren getrennt von einander vorkommen, gleichzeitig vollzogen werden[3]), oder b) doch rascher aufeinander folgen[4]), als dieses im ordentlichen Processe der Fall ist. Diese Abweichungen treffen jedoch nicht bei allen summarischen Processen zusammen, sondern sind in einzelnen Fällen auf verschiedene Art combinirt[5]).

---

1) Z. B. indem, anstatt schriftlich zu überreichender Vorträge, mündliche Vorträge zu Protokoll gestattet werden.

2) Z. B. im Executivprocesse, wo illiquide peremtorische Einreden ausgeschlossen sind. — Auch der Satz, daß kein voller Beweis (nach dem Maßstabe des ordentlichen Processes) erforderlich seyn, sondern eine bloße Bescheinigung schon hinreichen soll, enthält eine materielle Abkürzung des Verfahrens.

3) Z. B. im Executivprocesse, wo mit dem Vortrage der Klage zugleich der Urkundenbeweis, mit dem Vortrage einer peremtorischen Einrede, wenn diese Gehör finden soll, ebenfalls ein schleuniger Beweis sogleich angetreten werden muß.

4) Indem kürzere Fristen, und diese das erstemal schon peremtorisch ertheilt werden.

5) Z. B. im s. g. possessorium ordinarium wird von den wesentlichen materiellen Bestandtheilen nichts hinweggelassen, wie im Executivprocesse.

Wo übrigens die Beschleunigung durch Ausstoßen materieller, und zu einer erschöpfenden Cognition der Sache nothwendiger Bestandtheile bewirkt wird, da kann das richterliche Urtheil in der Regel nur einen provisorischen, aber keinen peremtorischen Zustand hervorbringen, und es muß demnach in solchen Fällen noch ein Nachholen des Ausgeschlossenen in einem besonderen Verfahren (separatum) gestattet werden [6].

---

§. 5.

Eintheilung der summarischen Processe in bestimmte und unbestimmte.

So gewöhnlich es auch in der neueren Zeit geworden ist, die summarischen Processe in bestimmte und unbestimmte einzutheilen, so ist man doch über die Merkmale nicht einig, durch welche sich diese beiden Arten des summarischen Verfahrens von einander unterscheiden sollen. — Daß die eigene Benennung einer summarischen Proceßart allein diese Proceßart noch nicht zu einer bestimmt summarischen erhebt, ist wohl außer Zweifel [1], um so mehr, als diese Benennungen oft gar nicht

---

[6]) J. N. Borst, Grundlinien zu einer vernünft. Ges. §. 30. Vergl. noch über diesen §. G. Fr. Puchta in den Erlanger Jahrbüchern der Lit. Bd. IX. Heft 1. S. 1 flg.

[1]) Einige Proceßlehrer führen zwar als ein Kennzeichen der bestimmt summarischen Processe auch an, daß dieselben einen bestimmten Namen haben (Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 3. S. 21. Danz, Grundſ. der summ. Proc. 3te Ausg. S. 5 Nr. V.); allein auch diese legen auf die eigene Benennung nur insofern einen Werth, als dadurch eine Eigenthümlichkeit des Verfahrens angedeutet wird.

von der Verfahrungsart, sondern von dem Gegenstande des Processes hergenommen sind [2]). — Aber auch die Ansicht, bestimmt summarisch sey ein Verfahren dann, wenn die dabei vorkommenden Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch vorgezeichnet seyen; — unbestimmt hingegen, wenn solche besondere Normen fehlen, und nur überhaupt eine schnellere Verhandlung dabei vorgeschrieben oder hergebracht sey [3]) — dürfte kaum zu rechtfertigen seyn, weil es keinen summarischen Proceß gibt, dessen Form ganz der richterlichen Willkür überlassen wäre, und wobei nicht wenigstens die Grundzüge des Verfahrens vorgezeichnet wären [4]).

Zweckmäßiger dürfte es daher seyn, die Eintheilung in bestimmt und unbestimmt summarische Processe gänzlich aufzugeben, und dafür zu unterscheiden zwischen irregulär und regulär summarischen Verfahrungsarten. Unter den ersteren wären aber diejenigen zu verstehen, bei welchen (entweder in Folge einer gesetzlichen Vorschrift oder des Gerichtsgebrauches) die gewöhnliche Ordnung der wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens abgeändert erscheint, so daß diese in einer anderen Reihe aufeinander folgen, als im ordentlichen Pro-

---

[2]) Z. B. bei dem possessorischen, und bei dem Provocations-Processe.

[3]) D. Leonh. Ludw. Gottl. Süptitz, Lehrb. der summ. Proc. Braunschweig und Helmstädt 1807 §. 7.

[4]) Clem. 2. De V. S. (5, 11), auf welche man sich doch bei der Darstellung des unbestimmt summarischen Verfahrens allgemein beruft, enthält schon specielle Vorschriften darüber, welche Handlungen und Formen weggelassen werden dürfen, — und keineswegs bloß eine generelle Verweisung auf das vernünftige Ermessen des Richters. Vgl. Francke a. a. O. §. 6.

cesse; — unter den letzteren aber die, bei welchen die Haupthandlungen in der regelmäßigen Ordnung fortlaufen.

Eigenthümliche Veränderungen der regelmäßigen Ordnung kommen aber im deutschen Processe drei vor, und darnach kann man auch dreierlei Formen des irregulär summarischen Processes aufstellen. — Zuweilen geht nämlich

A. gewissermaßen das Urtheil der Vertheidigung des Beklagten voraus (Form des Mandatspocesses);

B. zuweilen wird sogar ohne Vertheidigung und Urtheil sogleich ein Act der Execution ausgeübt (Eigenthümliche Form des Arrestprocesses); endlich

C. zuweilen muß der Beweis der Klage (und zwar Urkunden-Beweis) vor der Vertheidigung des Beklagten angetreten werden (Executivproceß) [5].

[5]) Martin, Lehrb. §. 237. Linde, Lehrb. §. 327. — Martin zählt auch noch den s. g. Adhäsionsproceß zu den bestimmt summarischen Processen. Wenn man jedoch erwägt, daß durch die Adhäsion des Beschädigten nicht die Form und der Gang des Criminalprocesses abgeändert, sondern nur die Untersuchung und das Urtheil auf Punkte ausgedehnt wird, welche sonst außer dem Zweck des Criminalverfahrens liegen; — so dürfte die Ansicht Genslers (im vollst. Comment. zu Martins Lehrb. zu §. 242) — daß die Lehre von dem Adhäsionsprocesse in die Theorie des Criminalverfahrens gehöre — den Vorzug verdienen.

Ueber die Eintheilung der summ. Processe in bestimmte und unbestimmte ist noch zu vgl. Mühlenbruch, Entwurf S. 241. Bemerk. zu §. 564. Mittermaier im Arch. für civ. Praxis Bd. VIII. S. 107. — Desselben gem. d. Pr. Vierter Beitrag S. 79. — Gegen eine weitere Eintheilung der summarischen Processe in nothwendige und willkürliche (Mackeldey, Grundriß im Anh. §. 2 lit. B.) ist zwar nichts einzuwenden. Allein nothwendig ist sie nicht, weil die Grundsätze über die Wahl der Proceßart und deren Zulässigkeit doch anderswo entwickelt werden müssen.

§. 6.

Irregulär summarische Processe.

A. Mandatsproceß.

Eigenthümlichkeit dieser Proceßart.

In der Regel darf nicht zur Verurtheilung des Beklagten geschritten werden, ohne diesem vorher Gelegenheit zu seiner Vertheidigung gegeben zu haben. Von dieser Regel findet jedoch zuweilen eine Ausnahme statt, d. h. unter gewissen Voraussetzungen ist es dem Richter erlaubt, unmittelbar auf die Beschwerde des Klägers hin schon dem Beklagten zu gebieten, jenen klaglos zu stellen. Befehle dieser Art nun heißen dem processualischen Sprachgebrauche zufolge mandata, — und das Eigenthümliche des Mandatsprocesses besteht demnach darin, daß der Beklagte gewissermaßen [1]) verurtheilt wird, ohne vorher zur Vertheidigung aufgefordert worden zu seyn. — Man unterscheidet übrigens zweierlei Arten von Mandaten, bedingte (m. cum clausula), und unbedingte (m. sine clausula). Bedingt nennt man das Mandat dann, wenn zwar dem Beklagten befohlen wird, den Kläger zu befriedigen, aber doch mit dem ausdrücklichen Zusatze [2]), daß es ihm gestattet seyn soll, binnen einer

---

1) Denn ein Urtheil im eigentlichen Sinne ist ein solches Mandat doch nicht, weil ein Urtheil voraussetzt daß bereits beide Theile über den streitigen Punkt gehört wurden. Nur dem Inhalte nach stimmt ein mandatum mit einer sententia überein. Ueber den psychologischen Rechtfertigungsgrund dieser Einleitungsform des Verfahrens s. Francke a. a. O. §. 60.

2) Dieser Zusatz heißt in den Reichsgesetzen clausula justificatoria, daher auch die Benennung: m. cum vel sine cl. —

bestimmten Frist seine Einwendungen vorzubringen, falls er sich zur Befolgung des Mandats nicht für verpflichtet halten sollte; — unbedingt, wenn dieser ausdrückliche Zusatz fehlt. Da die unbedingten Mandate andere Fälle voraussetzen als die bedingten, und auch ein anderes Verfahren veranlassen als diese, so ist es nothwendig, beide auch in der Darstellung von einander zu trennen. Bei mehreren eingeklagten Posten kann übrigens auch ein gemischtes Mandat vorkommen; wobei jedoch der Vollzug des unbedingten Mandats durch den Umstand nicht aufgehalten wird, daß etwa die Einwendungen gegen das bedingte Mandat noch zu weiteren Verhandlungen Anlaß geben [3].

---

§. 7.
Ueber den Ursprung und die Ausbildung des Mandatsprocesses.

Sehr wahrscheinlich ist die Entstehung des Mandats-Processes durch das Röm. Recht, und zwar insbesondere durch die — (freilich zu Justinians Zeit nicht mehr praktischen [1]), aber doch von den Juristen des Mittelalters dafür genommenen) — Bestimmuugen über das Interdict-Verfahren veranlaßt worden. Dafür spricht nicht bloß

C. G. O. 1555. Thl. II. Tit. 23. — Die Formeln selbst, deren sich das Kammergericht bei Erlassung unbedingter und bedingter Mandate bediente, s. bei Danz, Grds. der summ. Proc. §. 63 not. b und c.

3) Martin, Lehrb. §. 244 not. e.

1) §. 8. J. 4. 15. (De interdict.) — v. Savigny, Recht des Besitzes 5te Aufl. S. 407.

die Aehnlichkeit dieser beiden Proceßarten [2]), sondern auch die ausdrückliche Beziehung auf das Röm. Recht, welche in der C. G. O. von 1555 bei Gelegenheit der Bestimmung vorkommt, in welchen Fällen ein mandatum sine cl. erlassen werden dürfe [3]). Dieses gilt aber freilich nur von dem, was den Hauptcharakter des Mandatsprocesses ausmacht. Denn für die einzelnen untergeordneten Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens würde man allerdings im Röm. Rechte vergebens die Quelle suchen. Die Form, in welcher das gemeine Recht den Mandats-

---

[2]) v. Savigny a. a. O. S. 405. Not. 3 und 4. Selbst dann, wenn man annimmt, daß das interdictum nicht auf einseitiges Vorbringen des Klägers von der Obrigkeit ausgesprochen wurde (Heffter, Institut. S. 394. Nr. 3 und S. 437. Not. 22. Schweppe, R. Rechtsgeschichte. 2te Aufl. §. 579. Not. 1), bleibt doch immer noch die Aehnlichkeit, daß das Interdict ein unmittelbares Gebot oder Verbot enthielt, ohne die etwa schon vorgebrachten Einwendungen des Beklagten zu berühren. Diese Einwendungen waren vielmehr Gegenstand des nachfolgenden Verfahrens, für welches, wie gewöhnlich, ein judex bestellt, und eine eigene formula ertheilt wurde. — Das Interdict an sich, seinem Wortlaute nach, war, wie das unbedingte Mandat, immer ein Befehl, worin weder auf die etwa vorher schon vorgebrachten Einwendungen des Beklagten Rücksicht genommen, noch diesem zu einer nachträglichen Vertheidigung ausdrücklich Gelegenheit gegeben wurde. — Vergl. Haubold in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 3ter Bd. S. 372 und 273. — Die Römische mulctae dictio, welche Heffter (Inst. S. 437 Not. 22) hier anführt, hat vorzüglich Aehnlichkeit mit den mand. de non offendendo.

[3]) Th. II. Tit. 13 in med. „und sonst andern Fällen, in denen vermöge der Rechte a praecepto angefangen werden mag." — Daß hier das Röm. Recht gemeint war, ist nicht zu bezweifeln. Auch die älteren Praktiker haben dieses vorausgesetzt, z. B. Gail., obs. lib. I. obs. 13. Nr. 4.

proceß gegenwärtig kennt, hat derselbe vielmehr durch die italienische Praxis des Mittelalters [4]), durch deutsche Reichsgesetze, und die darauf fortbauende Doctrin und Praxis erhalten. Der allmähliche Entwickelungsgang in Deutschland scheint dabei folgender gewesen zu seyn [5]). Schon vor der C. G. O. von 1555 wurden nicht selten Strafbefehle (mandata poenalia) in dem oben angegebenen Sinne erlassen, und zwar, wie es scheint, nur unbedingte [6]). — Je mehr man aber fühlen mochte, wie leicht dem Beklagten durch solche Befehle Unrecht geschehen könne, desto geneigter war man auch, ungeachtet der alle Vertheidigung ausschließenden Wortfassung des Mandats, doch den Beklagten hinterher mit seinen Einwendungen zu hören, besonders mit der Einrede des erschlichenen Mandats (exc. sub-vel obreptionis), für deren Zulässigkeit, selbst gegen kaiserliche oder päpstliche Rescripte, sogar positive Gründe aus dem Röm. und Canonischen Rechte angeführt werden konnten [7]). Die Anerkennung des Widerspruches, in welchem solche Befehle mit dem Grundsatze des gemeinen Rechts standen, daß in gerichtlichen Sachen nicht mit der Execution und mit Mandaten angefangen werden soll, vermochte endlich sogar die Reichsgesetzgebung in der C. G. O. von 1555 ausdrück-

---

4) **Bartolus** in Comm. ad l. 1. C. De execut. rei jud. — **Rudorff**, Grundriß S. 153. — **Francke** a. a. O. S. 148.

5) Vgl. **Danz**, Grdſ. des Reichsgerichtsprocesses §. 283 und 288. — **Eichhorn**, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3ter Bd. §. 463. Nr. 2. — **Mittermaier**, der gem. deutsche Proc. 4ter Beitr. 2te Aufl. S. 191 flg.

6) R. A. v. 1527. §. 4. — v. 1530. §. 92. — C. G. Ref. v. 1531. §. 24.

7) c. 2 und 4. C. 1. 22. (Si contra jus vel utilit.). — c. 2 und 19. X. 1. 3. (De rescript.) **Eichhorn** a. a. O. not. i.

lich zu bestimmen, daß in Zukunft — einige Fälle ausgenommen — an dem kaiserl. Kammergerichte „die mandata und Gebott nit anderst, dann mit Einverleibung clausulae justificatoriae erkannt werden sollen“ — und daß auch in den Ausnahmsfällen, wo Mandate ohne diese Clausel erlassen werden dürften, derjenige, wider den das Mandat ergangen, die Freiheit haben soll, nach Vollziehung desselben, oder im Ungehorsamsfalle nach Entrichtung der ihm angedrohten Strafe, seine Einwendungen vor dem ordentlichen Gerichte anzubringen und auszuführen [8]. — Diese Vorschrift der C. G. O., welche zuerst den Unterschied zwischen unbedingten und bedingten Mandaten gesetzlich statuirte, enthielt auch zugleich die Grundlage für das Verfahren, welches zwar in der Folge in einzelnen Punkten näher bestimmt [9], im Wesentlichen aber nie abgeändert wurde.

---

§. 8.

Von dem unbedingten Mandatsprocesse insbesondere.

I. Fälle, in welchen er stattfindet.

Die reichsgesetzlichen Bestimmungen darüber, in welchen Fällen mandata sine claus. erlassen werden dürfen, finden sich vorzugsweise in der C. G. O. von 1555 [1])

---

[8]) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23.

[9]) R. A. v. 1570. §. 82. — v. 1594. §. 51 und 75 bis 80. — Concept der C. G. O. Th. II. Tit. 25. §. 16. D. A. v. 1600. §. 29—36. J. R. A. §. 79.

[1]) Th. II. Tit. 23.

und in dem Dep. Absch. von 1600 [2]). In der C. G. O. werden solche Befehle ausnahmsweise zugelassen, wenn entweder

1) „die Sach und Handlung an ihr selbst von Rechts- oder Gewohnheit wegen verboten, und wo dieselbig begangen, ohne auch einig weiter Erkanntnuß für strafwürdig und unrechtmäßig zu halten (ob factum nullo jure justificabile); oder wenn
2) dem anrufenden Theil eine solche Beschwerde auferlegt und zugefügt würde, die nach begangener That nicht wieder zu bringen wäre (ob damnum irreparabile);
3) wenn die Sach wider den gemeinen Nutz wäre (ob detrimentum reipublicae);
4) wenn die Sach keinen Verzug leiden möchte (ob periculum in mora)."

Es sind demnach vier Fälle, oder eigentlich vier allgemeine Gründe (welche auf eine unzählbare Menge einzelner Fälle passen können [3]), — genannt, wegen welcher unbedingte Mandate sollen erkannt werden dürfen; und nach der Aufzählung dieser vier Gründe folgt noch der Zusatz: „in solchen und sonst andern Fällen, in denen vermög der Recht a praecepto ohne vorgehende Erkenntniß angefangen werden mag."

Der Dep.-Absch. von 1600 aber enthält noch die nachträgliche Bestimmung, daß auch auf Schuldforderungen aus Obligationen oder Verschreibungen, welche mit der Executivclausel („mit oder ohne Recht") ver-

---

[2]) §. 30—34.

[3]) Darauf sind die Worte des R. A. von 1594. §. 79. zu beziehen: „dieweil nicht möglich, alle Fälle, darauf mandata sine clausula erkannt werden mögen, unterschiedlich zu erzählen."

sehen wären, unclausulirte Mandate erlassen werden dürften.

Die Anwendung dieser letzteren Vorschrift fand nun zwar wenig Schwierigkeit [4]); desto zweifelhafter war aber die Auslegung der angeführten Stelle der C. G. O. Denn auch abgesehen davon, daß schon die vier allgemeinen Gründe weder durchgehends bestimmt genug ausgedrückt [5]), noch mit logischer Schärfe gesondert waren [6]), so blieb doch immerhin ungewiß, auf welche „sonst anderen" Fälle der Zusatz bezogen werden soll. Parteien und Anwälte benützten diese Unbestimmtheit, um das Gebiet der unbedingten Mandate, wodurch die Austräge umgangen werden konnten, so viel wie möglich

---

[4]) Vor dem R. A. von 1600 (denn schon früher wurden von dem Kammergerichte mand. s. cl. auf Schuldverschreibungen erkannt, wie sich aus dem Inhalte dieses Gesetzes selbst ergibt) waren allerdings einige Punkte bestritten, z. B. ob nicht auch ein der Obligation einverleibtes juramentum die Executivclausel ersetzen könne und dgl. Allein diese Zweifel wurden eben durch diesen D. Absch. gelöst. Der unbedingte Mandatsproceß wegen der mit einer Executivclausel versehenen Vertragsurkunden hat sich übrigens aus dem Institute der guarentigiirten Urkunden entwickelt, welches zuerst in Italien ausgebildet worden war. Dr. H. K. Briegleb: Ueber executorische Urkunden und Executivproceß. Nürnberg 1839. I. Thl. S. 323 flg., insbesondere S. 355. 363.

[5]) So läßt z. B. der dritte Grund (detrimentum rei publ.) eine so weite Auslegung zu, daß zuletzt alle fiscalischen Klagen zum unbedingten Mandatsprocesse sich eignen würden, was doch gewiß nicht die Meinung der Reichsgesetzgebung war. Auch der erste Grund ist seiner Allgemeinheit und Vieldeutigkeit wegen häufig mißbraucht worden. Vergl. Mittermaier, der gem. d. Proc. IV. Beitr. 2te Aufl. S. 196.

[6]) Z. B. der zweite und vierte Grund.

auszudehnen[7]), so daß man sich genöthigt sah, in dem J. R. A.[8]) zu verordnen, „daß mand. s. cl. allein in den vier Fällen causis pignorationis, de relaxandis captivis und andern in der C. G. O. und den Reichsverfassungen enthaltenen Fällen erkannt, und außer denselben nicht zugelassen werden sollen;" eine Verordnung, welche dem Kammergerichte in dem Vis. Absch. von 1713[9]) neuerdings eingeschärft wurde. — Die Theorie aber war auf verschiedene Weise bemüht, jener Unbestimmtheit abzuhelfen. Einige Rechtslehrer, obwohl anerkennend, daß eine erschöpfende Aufzählung unmöglich sey, suchten wenigstens die Fälle zusammenzustellen, in welchen reichsgerichtliche Präjudicien für die Statthaftigkeit eines unbedingten Mandats sprachen[10]); andere dagegen wollten die Sache auf ganz einfache, allgemeine Grundsätze zurückführen[11]). Diese letztere Methode ist denn auch, wie sich dieses nach dem Gange

---

7) S. *G. Rodingi* Pand. jur. camer. (Frcfti. 1688) lib. I. tit. 12. §. 37. — *Joann. Steph. Pütter*, nova epit. proc. imp. ed. 4. lib. VII. c. 1 §. 151.

8) §. 79.

9) §. 9.

10) Jac. Blumen, proc. cameral. (Francof. 1676) Tit. XXXIV. §. 69. sq. *G. Roding* l. c. lib. I. Tit. 12. §. 36. sq. Nach Ludolfs Bemerkung (De jure camerali Frcf. 1739. Sect. I. §. 10. p. 127.) hat Blumen die Fälle aus der Präjudiciensammlung eines ungenannten Kammergerichtsassessors ausgeschrieben, welche Gylmann in sein Symphorem. aufgenommen hatte. Von den Neueren hat noch Claproth (Einleitung in die summ. Proc. §. 9.) die Fälle zusammengestellt.

11) *Coccej.* Dissert. De abusu mand. sine claus. §. 25. *Ludolf* l. c. Sect. I. §. 10. p. 110 und 120. — *Pütter,* nov. epit. §. 151.

der Wissenschaft überhaupt nicht anders erwarten ließ, von den neueren Schriftstellern über Proceß beibehalten worden. — Die Ansichten sind indeß freilich auch unter diesen nicht übereinstimmend. Während nämlich einige den unbedingten Mandatsproceß schlechterdings nur in der Voraussetzung eines (erwiesenen) facti nullo jure justif. zulassen [12]), nehmen andere a) die vollkommene Liquidität eines Anspruches durch öffentliche Urkunden, und b) die bescheinigte Gefahr eines unersetzlichen oder doch schwer zu vergütenden Schadens als Rechtfertigungsgründe dieser Proceßart an [13]). Noch andere endlich gestatten ein unbedingtes Mandat in drei Fällen, nämlich a) wenn eine Handlung oder ein Ereigniß schleunige Rechtshülfe nöthig macht (ob periculum in mora); b) wenn ein klares Unrecht nachgewiesen werden kann, ohne daß sich gegründete Einwendungen oder Schutzreden des Gegners irgend erwarten lassen (ob fact. nullo jure justif); endlich c) wenn sonst der Executivproceß stattfinden würde, der Kläger aber seine Ansprüche sogleich durch öffentliche Urkunden zu rechtfertigen im Stande ist [14]). — Von diesen verschiedenen Theorien entspricht gewiß die letzte den Bestimmungen der Reichsgesetze am meisten, ohne dabei die Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens aufzuopfern. Denn eine sehr dringende Gefahr kann ja sogar eine executive Einschreitung (im Arrestprocesse), also gewiß

---

12) v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens. 4te Aufl. §. 233. — Linde, Lehrb. §. 355.

13) Martin, §. 245. — Vergl. Gensler, vollst. Comment. II. S. 57 flg. und Mackeldey im Anhange zu dem Grdr. zu Vorl. über Civilproceß. Bonn 1833. S. 14.

14) Heffter, Inst. S. 437 und 439. Nr. 20 a. E. Francke a. a. O. §. 63.

noch vielmehr einen unbedingten Befehl rechtfertigen: — wenn dem Impetraten eine Handlung verboten wird, wozu er in gar keinem Falle ein Recht haben konnte, so liegt in der Unterlassung des vorläufigen Gehörs offenbar auch keine Verletzung desselben[15]); und für ein mandatum de solvendo aus einer öffentlichen Schuldverschreibung läßt sich außer der klaren gesetzlichen Vorschrift gleichfalls anführen, daß durch die Liquidität der Forderung und durch die Unwahrscheinlichkeit einer Ein-

---

15) Man muß nur hier eine Handlung voraussetzen, welche vorzunehmen der Impetrat in keiner Lage berechtiget seyn konnte. In dieser Voraussetzung wird wenigstens ein mandatum *prohibitorium* s. cl. nie eine Verletzung des Beklagten enthalten. Denn selbst dann, wenn dieser die Handlung, welche ihm der Kläger zur Schuld legt, gar nicht begangen hätte — (obwohl eine solche Täuschung des Richters nach den neueren Reichsgesetzen nicht leicht mehr vorkommen kann, weil diese eine Bescheinigung der Klage fordern), — so wäre er doch etwa nur insofern gekränkt, als ihm zugemuthet würde, er sey fähig eine solche Handlung zu begehen. Verlieren würde er aber nichts, selbst im Falle einer Strafandrohung nicht, weil er ja freiwillig unterläßt was ihm das Mandat verbietet, die Strafe aber nur auf den Fall einer Ueberschreitung des Verbots angedroht ist. — Nur bei mandatis restitutoriis, d. h. wenn dem Impetraten nicht bloß befohlen würde in Zukunft eine Handlung zu unterlassen, sondern wegen einer schon begangenen Ersatz zu leisten und dgl., wäre eine Rechtsverletzung möglich, nämlich insofern der Impetrat doch unschuldig seyn könnte. Allein solche mandata restit. ob fact. nullo jure justif. wurden auch gewiß viel seltener, und nur dann erkannt, wenn über die Schuld des Beklagten gar kein Zweifel existirte. — Das passendste Beispiel zur Erläuterung der unbedenklichen Zulässigkeit eines unbedingten mand. inhibitor. ob fact. n. j. j. gibt der Fall einer gewaltsamen Besitzstörung, oder des Versuches einer gewaltsamen Selbsthülfe.

rede die Nothwendigkeit, den Schuldner vorher noch zu hören, wenigstens bedeutend vermindert wird. — Die Einwendung, daß in dieser Theorie weder von dem detrimentum reipubl., noch von den „andern Fällen,“ deren die E. G. O. in dem Zusatze erwähnt, eine Meldung geschieht; — sowie daß periculum in mora und damnum irreparabile nicht besonders angeführt werden, läßt sich viel leichter beseitigen, als die Einwürfe, welche den zwei ersten Ansichten entgegenstehen [16]. Denn wo

[16]) Denn die Ansicht, daß nur ein fact. nullo jure just. die Erkennung eines unbedingten Mandats rechtfertigen könne, läßt sich doch wohl weder mit der E. G. O., noch mit dem D. A. v. 1600 füglich in Einklang bringen. In der E. G. O. ist das periculum in mora als ein dem factum non justif. coordinirter Rechtfertigungsgrund eines mand s. cl. angeführt; und nur dann, wenn dieser Grund ohne ein factum non justif. gar nicht vorkommen könnte, wäre man berechtiget, ihn, als in dem letzteren schon mitbegriffen, mit Stillschweigen zu übergehen. — Gefahr auf dem Verzuge kann aber allerdings auch ohne Voraussetzung eines solchen Factums vorhanden seyn. — Auf den Fall des D. A. von 1600 aber läßt sich jener Gesichtspunkt auch nicht anwenden, ohne dem herkömmlichen Begriffe eines facti nullo jure justif. einige Gewalt anzuthun. — Der zweiten im §. angeführten Ansicht steht entgegen, a) daß dieselbe — abgesehen von einer drohenden Gefahr — immer einen Beweis durch öffentliche Urkunden fordert, während doch ein solcher Urkundenbeweis nur in dem Falle des Dep. Absch. von 1600 vorausgesetzt, in den übrigen Fällen aber — also namentlich auch bei einem fact. nullo j. j. — ausdrücklich auch eine bloße Bescheinigung schon für hinreichend erklärt wird. R. A. v. 1594 §. 79 und J. R. A §. 79. b) Daß nach dieser Theorie auch bei Mandatsgesuchen wegen einer Schuldforderung das Hauptgewicht auf die Liquidität des Anspruches durch öffentliche Urkunden gelegt wird, während doch die historischen Gründe der Zulassung unbedingter

ein unersetzlicher Schaden zu besorgen ist, wenn nicht sogleich etwas befohlen wird, da ist auch periculum in mora, und da dieser Grund schon hinreicht, ein m. s. cl. zu rechtfertigen, so wäre es überflüssig, das damnum irrep. noch besonders zu nennen. — Da, wo die öffentliche Ruhe und Sicherheit gefährdet ist, wird in der Regel ein factum nullo jure justificabile zu Grunde liegen; und die von den Cameralschriftstellern angeführten Beispiele rechtfertigen die Vermuthung, daß das Kammergericht nur in dieser Voraussetzung ob detrim. reip. unclausulirte Mandate erkannte [17]). Was aber die in dem Zusatze erwähnten „anderen Fälle" betrifft, so dürfte die Umgehung derselben seit dem J. R. A. um so weniger zu mißbilligen seyn, als gerade dieser allgemeine Zusatz am meisten dazu geeignet war, den Mißbrauch der Ausdehnung des Mandatsprocesses zu begünstigen, welchem der J. R. A. Gränzen setzen wollte [18]).

Mandate in diesem Falle vorzüglich mit den in der Verschreibung vorkommenden Executivclauseln zusammenhängen, wie der D. A. v. 1600 deutlich zeigt. — Danz, Grds. des Reichsgerichtsprocesses. §. 287.

[17]) S. u. A. Blumen a. a. O. Tit. 34. §. 92.

[18]) Der J. R. A. §. 79. spricht auch wirklich nur von den in der C. G. O. und den Reichsverfassungen selbst enthaltenen Fällen, scheint also den Zusatz in der C. G. O., welcher sich auf das Röm. R. bezieht, auszuschließen. Dieses erkennt auch Linde an §. 355. not. 6., trägt aber doch Bedenken, der hier vertheidigten Ansicht beizutreten.

§. 8.

II. Verfahren in dem unbedingten Mandats-Processe.

a. Einrichtung der Klage.

Das Gesuch um Erkennung eines unbedingten Mandats kann eben so wohl mündlich als schriftlich gestellt werden. — Uebrigens sind aber die Erfordernisse, welche der Impetrant zu beobachten hat, verschieden, je nachdem der Grund beschaffen ist, durch welchen er seinen Antrag zu rechtfertigen sucht. Beruft er sich nämlich 1) auf drohende Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu vergütenden Schadens, so muß er die erheblichen Thatsachen wenigstens wahrscheinlich machen [1]). Dasselbe gilt auch 2), wenn er ein unbedingtes Mandat ob factum nullo jure justif. bewirken will [2]). Bezieht sich aber 3) das Gesuch auf eine Schuldforderung, so muß er die Verschreibung oder Schuldurkunde sogleich in originali beilegen [3]).

[1]) R. A. v. 1594 §. 79. „die narrata sollen verisimiliter bescheint werden." J. R. A. §. 79: „etlichermassen bescheinen."

[2]) Nach den in der vorigen Note allegirten Stellen ist es unrichtig, wenn Gensler (Comment. II. S. 59 und 60) auch hier einen Beweis durch öffentliche Original-Urkunden verlangt. — S. Mittermaier, der gem. deutsche Proceß Beitr. IV. S. 205 not. 50.

[3]) Daß die Urkunden öffentlich seyn müssen, folgt aus §. 34 des D. A. von 1600, und hat auch den allgemeinen Grund für sich, daß bei einer bloßen Privaturkunde die Ungewißheit der Aechtheit die vorläufige Vernehmung des Imploraten nöthig machen würde. — Martin §. 245. not. c. — Vergl. jedoch noch Linde, Lehrb. §. 356 not. 3. u. Francke

§. 9.

b. Richterliche Verfügung.

Wenn der Richter die Sache zur Erkennung eines unbedingten Mandats geeignet und auch gegen die Einrichtung der Klage nichts erhebliches zu erinnern findet, so erläßt er unter Mittheilung des Gesuches an den Impetraten das erbetene Mandat nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles, mit deutlicher Bestimmung dessen, was der Impetrat zu thun oder zu unterlassen habe, und mit einer Strafandrohung auf den Fall des Ungehorsams [1]. — Seit dem Reichsabschiede von 1570 [2]) mußte dem Mandate zugleich auch eine Ladung des Impetraten einverleibt

---

a. a. O. S. 154. not. 3. — Außerdem fordert der D. A. noch ganz bestimmt, daß die Verschreibung eine executorische Clausel („mit oder ohne Recht" oder dgl. s. *Roding*, Pand. cam. lib. I. Tit. 12. §. 104. — Danz, Reichsgerichtsproceß §. 287. Briegleb über executorische Urkunden Thl. I. S. 385 flg.) enthalte müsse. — Heutzutage wird aber freilich auf dieses Erforderniß nicht mehr gehalten, obgleich das Institut der guarentigiirten Urkunden, welches historisch die Grundlage des Mandatsprocesses in diesem Falle bildete, gerade wesentlich darauf beruhte. Daß auch eine nicht öffentliche Urkunde, wenn sie nur die Executivclausel enthielt, zum unbedingten Mandatsprocesse geeignet war, ist sehr zu bezweifeln. A. M. Francke. S. 154. Der Umstand allein, daß die Entscheidung von einer streitigen Rechtsfrage abhängt, sollte eigentlich die Erlassung eines unbedingten Mandats nicht hindern. Linde, Lehrb. §. 355. not. 2. A. M. Martin, Lehrb. §. 245. not. e.

1) Mittermaier, der gem. d. Pr. Beitr. IV. S. 205.

2) §. 82. — Wiederholt wurde diese Vorschrift in dem R. A. von 1794. §. 57. — Die Bitte um diese Ladung mußte mit dem Mandatsgesuche ausdrücklich verbunden werden. Außerdem wurde das Mandat selbst abgeschlagen.

werden, in einem bestimmten Termine zu erscheinen, und sich entweder über die geschehene Befolgung des Mandats auszuweisen, oder aber zu sehen wie er in die angedrohte Strafe verurtheilt werde (citatio ad docendum de paritione, aut videndum se declarari in poenam mandato insertam). — Bei den reichsständischen Gerichten wurde zwar diese Vorschrift des R. A. v. 1570 gewöhnlich nicht beobachtet [3]; da jedoch durch jene Ladung dem Beklagten zugleich Gelegenheit verschafft wird [4], seine allenfallsigen Einwendungen vorzubringen, also dieselbe als ein Mittel erscheint, das auf einseitigen Antrag erlassene und sohin der Rechtskraft nicht fähige Mandat in eine Sentenz — wenigstens in ein Contumacialurtheil zu verwandeln [5], so soll sie nie unterlassen werden [6].

---

3) v. Grolman im Magazin von Martin und Walch, Heft II. Abth. V. S. 155 a. a. E. Vergl. Fredersdorf, Anweisung für angehende Justizbeamte 3. Band. S. 162.

4) In der gewöhnlichen Formel, deren sich die Reichsgerichte bei Erkennung unclausulirter Mandate bedienten, kommt sogar ausdrücklich der Zusatz vor: „oder aber beständige, erhebliche Ursachen und Einreden, ob ihr einige hättet, warum solche Erklärung (in die Poen) nicht geschehen sollte, in Rechten gebürlich vorzubringen." — *Pütter*, nova epit. lib. VII. c. 2. §. 157. not. c. Vergl. Bergmann, Beitr. zur Einleitung in die Praxis der Civilproc. Göttingen 1830. S. 28 und S. 168 flg.

5) S. die in der Note 3 angeführte Abhandlung von Grolman.

6) Mittermaier a. a. O. S. 206 und 207.

§. 10.

c. Ferneres Verfahren.

Das weitere Verfahren hängt von dem Verhalten des Impetraten ab. — Die möglichen Fälle sind folgende:

I. Der Impetrat leistet dem Mandate Folge, und weist sich in dem Paritionstermine gehörig darüber aus. — In diesem Falle hat der Mandatsproceß ein Ende, vorausgesetzt, daß der Impetrant mit der Art der Befolgung zufrieden ist[1]. Insofern jedoch das Mandat nur eine provisorische Maßregel enthielt[2], kann allerdings jetzt noch ein neues, selbst ordentliches Verfahren eintreten, in dem bald der bisherige Impetrant[3], bald der bisherige Impetrat[4])

---

[1]) Denn ist der Impetrant mit der nachgewiesenen Parition nicht zufrieden, so hat der Richter, nach vorläufiger Vernehmung beider Theile, hierüber noch zu entscheiden. — Die Gestattung eines Schriftenwechsels über diesen Punkt läßt sich aber mit der Natur dieser Proceßart nicht vereinigen. — Mittermaier a. a. O. S. 208. not. 64. — Wenn der Impetrat zeigt, daß er dem Mandate zum Theil bereits wirklich Folge geleistet habe, und wegen der Leistung des noch Fehlenden um Frist bittet, so kann ihm diese nach Umständen, jedoch nicht auf zu lange Zeit bewilligt werden. J. R. A. §. 97. — Gesuche um Prorogation des Paritionstermines überhaupt sind aber ohne besonders erhebliche Ursachen abzuschlagen. Dep. Absch. v. 1600 §. 49. J. R. A. §. 76.

[2]) Was immer der Fall ist, so oft ein m. s. cl. bloß ob periculum in mora erkannt wurde.

[3]) Z. B. wenn ein Gläubiger ein Arrestmandat gegen seinen Schuldner erwirkte.

[4]) Z. B. wenn der Besitzer ein mandatum s. cl. de non turbando gegen denjenigen ausbrachte, der sich ein Recht auf die Sache zuschreibt.

als Kläger erscheint [5]). Auch bei mandatis de solvendo auf öffentliche Schuldverschreibungen kann noch nach der Analogie des Executivprocesses ein nachträgliches Verfahren nöthig werden, wenn nämlich der Schuldner nur mit Vorbehalt der besonderen Ausführung seiner Einreden die Zahlung geleistet hat.

---

§. 11.

Fortsetzung.

II. Der Impetrat läßt das Mandat unbefolgt.

In diesem Falle wird auf vorhergehende Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Impetranten der Befehl unter Ansetzung einer angemessenen Frist, und mit der Drohung erneuert, daß im Falle eines fortgesetzten Ungehorsams die Execution verhängt werden würde, welche sodann auf Imploration des Klägers wirklich erfolgt [1]). — War in dem Mandate auch eine Strafe angedroht, so soll die Execution auch auf diese ausgedehnt werden [2]).

---

[5]) Die Einleitung dieses Nachprocesses kann zuweilen durch eine provocatio ex l. Diffamari beschleuniget werden.

[1]) Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 23. flg. Süptiz, Lehrb. §. 34. — Martin §. 246. not. c. — Bei den Reichsgerichten mußte zuerst um eine s. g. paritoria simplex, und wenn auch diese fruchtlos blieb, um paritoria ulterior gebeten werden; dann erst erfolgte das mandatum de exequendo. — *Pütter*, nov. epit. lib. VII. §. 165. Danz, Reichsgerichtsproc. §. 296.

[2]) Bei den Reichsgerichten sollen nach Ludolfs Zeugniß (Com. syst. de jure camer. Sect. I. §. 10. Nr. 21 et 22.) die wiewohl so oft wiederholten Strafandrohungen selten exequirt worden seyn.

§. 12.

Fortsetzung.

III. Der Impetrat erscheint und bringt Einwendungen gegen das Mandat vor.

Dem Wortlaute eines unbedingten Mandats zufolge möchte es zwar scheinen, als wenn dem Beklagten die Möglichkeit einer Vertheidigung hier gänzlich abgeschnitten wäre. Allein in der That verhält es sich nicht so. Schon die C. G. O. von 1555 erlaubte demjenigen, wider den ein unbedingtes Mandat ergangen war, wenigstens nach der Parition, oder nach der Entrichtung der Strafe bei dem ordentlichen Gerichte seine Einwendungen nachzuholen [1]), und späterhin wurde sogar in der dem Mandate beigefügten Citationsformel dem Impetraten ausdrücklich Gelegenheit gegeben, die declaratio poenae selbst durch „beständige und erhebliche Ursachen und Einreden, warum solche Erklärung nicht geschehen solle" — abzuwenden [2]). Nur ist A) die Form und die Stellung der Vertheidigung des Impetraten im Mandatsprocesse eine andere als im ordentlichen Verfahren; und B) sind nicht alle Einwendungen zulässig, deren man sich im ordentlichen Processe bedienen kann. Während nämlich ad A) im ordentlichen Verfahren die Vertheidigung unmittelbar auf die Klage, und dann erst das Urtheil folgt, geht hier der richterliche Ausspruch der Vertheidigung voraus [3]).

---

[1]) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23.

[2]) S. Pütter, nov. epit. §. 157. not. e.

[3]) Aus diesem Grunde ist es eigentlich unpassend, für die Vertheidigung des Impetraten im unbedingten Mandatsprocesse den Ausdruck „Einreden oder except." zu gebrauchen. Die Einrede steht der Klage unmittelbar entgegen. Hier liegt bereits der richterliche Befehl in Mitte.

Was aber ad B) die in dem Mandatsprocesse zulässigen Einreden betrifft, so hat man schon sehr bald [4]) die Bestimmung des Röm. [5]) und Canonischen [6]) Rechts, daß ein Rescript nur in der Voraussetzung gelten soll, „si preces veritate nitantur," auch auf die unbedingten Mandate übergetragen, und daher die s. g. exceptio sub-vel obreptionis zugelassen. Unter dieser exceptio verstand man aber nicht etwa eine einzelne, auf einer bestimmten Thatsache beruhende Einrede, sondern überhaupt die Einwendung des Impetraten, daß das Mandat erschlichen worden sey, entweder durch Anführung falscher Umstände (subreptio), oder durch Verschweigung wahrer (obreptio) [7]). In diesem weiten Sinne umfaßte sie in der That alles, was nur irgend der Beklagte auch im ordentlichen Processe zu seiner Vertheidigung hätte anbringen können; — nicht bloß das Abläugnen der dem Mandatsgesuche zu Grunde gelegten Thatsachen, sondern auch alle peremtorischen und die meisten dilatorischen

---

Das Mandat kann angefochten, impugnirt, aber es kann nicht mehr gegen die Klage excipirt werden. Mittermaier a. a. O. S. 210. not. 68. — Der gewöhnliche Sprachgebrauch ist jedoch allerdings für den Ausdruck „Einreden", und selbst die Gesetze bedienen sich desselben. J. R. A. §. 76. — Martin, Lehrb. §. 247. not. d. — Daß übrigens die Impugnation des Mandats nicht in der Form einer Berufung bei dem Oberrichter geschieht, versteht sich von selbst. — Arch. für civ. Pr. X. S. 413.

4) Mem. vis. 1579. §. 10. — Pütter. l. c. §. 160. not. a.

5) c. 2 und 4. C. Si contra jus vel util. (1. 22.) — c. 7. C. De divers. rescript. (1. 3.)

6) c. 2, X. De rescript. (1. 3.)

7) Der Sprachgebrauch ist jedoch hiebei nicht durchgehends übereinstimmend. S. Glück, Comment. Bd. I. S. 544. not. 98.

Einreden, weil man es offenbar auch unter den Begriff der obreptio subsumiren konnte, wenn der Impetrant einen Umstand verschwieg, durch welchen sein Recht entweder als gänzlich aufgehoben, oder doch wenigstens die Verfolgung desselben als zur Zeit noch unstatthaft erschien. — Eine nothwendige Folge des Gebrauches dieser Einrede war daher, daß der unbedingte Mandatsproceß, welchen doch selbst die Reichsgesetze als einen „summarischen und privilegirten" namentlich auszeichneten[8]), beinahe eben so lange dauerte als der ordentliche. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, schrieb zwar schon der R. A. von 1594[9]) vor, „daß in Sachen mandatorum s. cl. keine Auszüge dann allein sub- et obreptionis, item maleficii, banni, privationis und dergleichen zuzulassen," und in dem Deputationsabschiede von 1600[10]) wurde ferner bestimmt, „daß (in puncto sub- et obreptionis) schleunig procedirt, und jedesmal dasjenige, was *ad causam principalem* gehörig, nicht eingemischt werden soll."

Allein auch durch diese Verordnungen war nicht viel gewonnen; durch die erste nicht, weil darin der Begriff der exc. sub- vel obrept. nicht genauer bestimmt, und überdieß durch den Zusatz „und dergleichen" sogar Veranlassung zu noch größerer Vervielfältigung von Einreden gegeben wurde; — durch die letztere nicht, weil dieselbe doch nur auf solche Fälle paßte, wo das Mandat bloß eine provisorische oder präparatorische Maßregel enthielt.

Bei dieser Unvollständigkeit der gesetzlichen Bestimmungen suchte man durch Interpretation nachzuhelfen,

---

8) D.=Absch. v. 1600. §. 49.
9) §. 77.
10) §. 61. Vgl. Conc. III. 42. §. 1.

deren am meisten befriedigendes Resultat folgendes zu seyn scheint [11]:

1) Da die wesentlichen Grundsätze des gerichtl. Verfahrens (abgesehen von der Abweichung in Ansehung des Gehörs der Beklagten, welche gerade das Charakteristische dieser Proceßart ausmacht) — hier eben so wohl wie im ordentlichen Processe beobachtet werden müssen, so sind alle dilatorischen Einreden zulässig, deren Außerachtlassung sonst eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge hat [12].

2) Weil die Einleitung des unbedingten Mandatsprocesses nicht von der Willkür des Richters abhängt, so muß der Impetrat auch mit der Einwendung gehört werden, daß in dem concreten Falle die Bedingungen dieser Proceßart nicht vorhanden waren — daß also gar nicht darauf hätte erkannt werden sollen (except. non rite formati processus [13]).

---

11) Vergl. über das Folgende: Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 17 und 18. Danz §. 72. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 234. b. Martin, Lehrb. §. 247, Süptiz, Lehrb. §. 35. Linde, Lehrb. §. 357, besonders Mittermaier, der gem. deutsch. Proc. Beitr. IV. S. 210 flg.

12) Z. B. die exc. forideclin. — deficientis legitim. ad processum, def. person. standi in judicio. — Auf die zuletzt genannten Einreden bezieht sich ausdrücklich schon der R. A. v. 1594. §. 77. — Daß die gerichtsablehnenden Einreden hier nicht von der Verbindlichkeit befreien sollen, die übrigen peremtorischen sogleich vorzubringen, ist gewiß nicht richtig. Mittermaier a. a. O. S. 211. not. 74 und 75. S. noch D.-A. von 1600. §. 59.

13) Z. B. die Einwendung, daß das vorgeschützte periculum in mora nicht bescheiniget worden, oder daß die vorgelegte Urkunde nicht Original sey u. dgl.

3) Hinsichtlich der peremtorischen Einreden ist zu unterscheiden, ob das Mandat wegen Gefahr auf dem Verzuge, oder in Folge einer öffentlichen Schuldverschreibung, oder endlich ob factum nullo jure justificabile erlassen wurde.

In dem ersten Falle, wo das Mandat nur eine provisorische Verfügung enthält, ohne über das zu sichernde Recht selbst abzusprechen, scheidet sich die vollständige Erörterung der Frage über die Existenz dieses Rechts von selbst als „Hauptsache" aus. Hier ist also die oben angeführte Bestimmung des D.-A. von 1600 vollkommen anwendbar, und demnach sind alle peremtorischen Einreden, welche den vorläufig gesicherten Hauptanspruch des Impetranten als aufgehoben darstellen, auszuschließen, und in das Hauptverfahren zu verweisen. — Weil jedoch die Absicht des D.-A. bei dieser Vorschrift nur auf Abkürzung des Mandatsprocesses gerichtet war, dieser aber kein Abbruch geschieht, insofern eine solche Einrede sogleich bewiesen (liquidirt) wird[14], so läßt man sie unter dieser Voraussetzung auch im Mandatsprocesse zu, wiewohl das Gesetz nicht ausdrücklich davon spricht.

In dem zweiten Falle wäre zwar genau genommen der Dep.-Absch. von 1600. §. 61 nicht anwendbar, weil sowohl das Gesuch, als auch das Mandat schon die Hauptsache selbst betreffen. Da jedoch sogar im Executivprocesse die illiquiden peremtorischen Einreden nicht beachtet, sondern ad separatum verwiesen werden, der unbedingte Mandatsproceß aus öffentlichen Schuldurkunden aber seiner Grundlage und seinem Zwecke nach nicht nur im Wesentlichen mit dem Executivprocesse übereinstimmt,

---

[14]) Zu diesem Beweise reichen übrigens auch Privaturkunden hin. — Mittermaier a. a. O. S. 213.

sondern selbst eine noch größere Begünstigung verdient; — so läßt man mit Recht jene Beschränkung hinsichtlich der peremtorischen Einreden auch hier gelten [15]).

In dem letzten Falle endlich wird ohnehin eine wahre peremtorische Einrede selten vorkommen. Wenn aber das factum nullo jure justif. in einer Besitzstörung bestand, welche der Impetrat durch die Anführung petitorischer Gründe rechtfertigen will, so ist derselbe mit diesen Gründen in das s. g. petitorium zu verweisen, welches in diesem Falle die Hauptsache bildet.

---

§. 13.

Fortsetzung.

Was den Zeitpunkt betrifft, bis zu welchem die in dieser Proceßart zulässigen Einwendungen angebracht werden müssen, so ist zu unterscheiden zwischen solchen, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nullität zur Folge haben würde, und andern. Die ersten können an keine Frist gebunden, und müssen selbst dann noch berücksichtiget werden, wenn auch wirklich die Execution schon decretirt und eingeleitet ist [1]). — In Ansehung der letzteren aber kommt es wohl darauf an, ob dem Mandate zugleich eine peremtorische Ladung des Impetraten einverleibt war oder nicht. In dem zweiten Falle wird man auch die Einwendungen, welche das Wesen des Processes nicht betreffen, bis zur Execution zulassen müssen, weil sich

---

[15]) Mittermaier S. 214.

[1]) Denn die, ungeachtet solcher Einreden doch fortgesetzte Execution würde ja nachher selbst als ungültig angefochten werden können.

ohne peremtorische Ladung eine Präclusion nicht rechtfertigen läßt [2]. In dem ersten Falle dagegen muß der Impetrat diese Einwendungen spätestens in dem Termine, der ihm ad doc. par. gesetzt ist, einbringen [3]. Nachher wird er damit nicht mehr gehört, sondern das Mandat nimmt jetzt die Natur einer Contumacialsentenz [4]) an,

---

2) Auch dann, wenn man die Einwendungen im Mandatsprocesse als Impugnationen des Mandats, folglich gewissermaßen als eine Art von Rechtsmitteln ansieht, wird man zu demselben Resultate gelangen. — Denn da ein m. s. cl. der Rechtskraft gar nicht fähig ist (c. 5. C. 7. 57.), so sind auch die dagegen zu führenden Beschwerden an das gewöhnliche Fatale nicht gebunden.

3) Dieses muß man zugeben, wenn man nicht mit §. 78 des J. R. A. wenigstens mittelbar in Widerspruch gerathen will: „Nebst diesem solle der Beklagte alle seine Behelff in primo termino, in seinen exceptionibus, **unter gewöhnlichem** *praejudicio* sammenhafft einzugeben verbunden seyn." — Denn, wenn der Beklagte, welcher von drei ihm zu Gebote stehenden Einreden in primo term. nur eine vorbrachte, nach dieser Vorschrift der beiden andern verlustig wird, so kann man doch wohl vernünftigerweise nicht annehmen, daß, wenn er den Termin gänzlich versäumt, also gar keine vorgebracht hätte, er sie alle noch bis zur Execution nachholen dürfe. — Die Cameralschriftsteller (und, wie es scheint, die Praxis des C. G. selbst) haben freilich diesen Widerspruch nicht geachtet, und dem Impetraten das Recht zu excipiren auch nach Versäumung des ersten Termins noch eingeräumt. S. Pütter, nov. epit. §. 162. **Danz**, Reichsgchtspr. §. 295. not. c. und §. 294. **Roding** gibt sogar mit Rücksicht auf den J. R. A. dem Beklagten den guten Rath, lieber in primo term. gar nicht zu erscheinen, als zu erscheinen ohne mit Einreden versehen zu seyn, weil in jenem Falle doch nur eine paritoria simplex erfolgen würde. (Pand. jur. cam. lib. III. Tit. 41. §. 24. — Vergl. den Vis. Absch. v. 1713. §. 83.)

4) v. **Grolman**, im Mag. v. Martin Abh. V.

welche auf Verlangen des Impetranten unnachsichtlich zu exequiren ist. — Weil es jedoch dem Impetraten selbst nach freiwillig geschehener Befolgung des Mandats noch gestattet ist, seine Einwendungen in einem eigenen Verfahren nachträglich geltend zu machen [5]), so wird man ihm diese Freiheit auch dann einräumen müssen, wenn er sich mit dem Anbringen der Einreden verspätet hatte, so daß sich die Wirkung der Präclusion nur auf den Mandatsproceß allein beschränkt, ohne dem nachträglichen Verfahren zu präjudiciren [6]).

---

§. 14.

Fortsetzung.

Ueber die richterliche Verfügung und das weitere Verfahren in dem Falle, wenn der Impetrat Einwendungen gegen das Mandat vorbringt, werden gewöhnlich nur sehr allgemeine Regeln angegeben. — Will man die Sache genauer bestimmen, so muß man folgende Fälle unterscheiden:

I. Der Impetrat sucht sich bloß damit zu helfen, daß er die von dem Kläger angeführten Thatsachen ganz oder zum Theil widerspricht [1]).

---

5) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23. a. E.

6) Mittermaier, d. g. d. Pr. Beitr. S. 216 flg. A. M. ist Andr. Chr. J. Schmid, Hdb. d. gem. d. Civilpr. Thl. III. S. 162. not. 40.

1) Eine Einlassung — Litiscontestation — kann freilich im unbedingten Mandatsprocesse insofern nicht gedacht werden, als es der Richter vorerst gar nicht zum Streite kommen läßt, sondern vorgreifend schon entscheidet. Allein da es dem Impetranten erlaubt ist, das Mandat als erschlichen

In diesem Falle kommt es auf den Rechtfertigungsgrund des Mandats an. Ist dasselbe in Folge einer von dem Kläger in orig. vorgelegten öffentlichen Schuldverschreibung erlassen worden, so ist auf den bloßen Widerspruch des Beklagten gar kein Werth zu legen, sondern das Mandat zu bestätigen [2]). War periculum in mora die Veranlassung des Mandats, und der Beklagte läugnet das Recht des Impetranten selbst, welches durch dieses provisorium gesichert werden sollte, so wird gleichfalls nicht darauf geachtet, sondern das Mandat erneuert [3]). Wenn aber der Impetrat die Existenz der von dem Kläger behaupteten Gefahr läugnet und durch sein Vorbringen einen Zweifel an der Richtigkeit der gelieferten Bescheinigung in dem Richter rege macht, so muß allerdings der Impetrant nochmal gehört, und demselben nöthigenfalls der Beweis der angeblich vorhandenen Gefahr aufgelegt

---

darzustellen, und dieses auch dadurch geschehen kann, daß er behauptet, der Kläger habe dem Richter das Factum nicht der Wahrheit gemäß vorgetragen; — da ferner der Impetrant seine Erzählung nicht immer vollständig zu beweisen, sondern nur einigermaßen zu bescheinigen braucht, also eine Täuschung doch immer dabei möglich bleibt; so kann man eine widersprechende Antwort des Beklagten weder als schlechthin unzulässig, noch als unbedingt unwirksam in dieser Proceßart ansehen. Auch zeigt ja die Erfahrung, daß die s. g. exc. subrept. gewöhnlich nichts anderes ist als eine Verneinung dessen was der Kläger behauptete.

2) Denn hier hat der Impetrant schon einen vollständigen Beweis für sich, welcher durch einfachen Widerspruch nicht entkräftet, oder auch nur geschwächt werden könnte. Mittermaier, der g. d. Pr. Viert. Beitr. S. 214 u. 215.

3) Denn der vollständige Beweis dieses Rechtes, welches bisher nur bescheiniget worden, gehört zur Hauptsache, und das ad causam principalem Gehörige soll nach dem D.-A. v. 1600. §. 61 hier nicht eingemischt werden.

werden [4]). Das Nämliche gilt auch dann, wenn ob factum nullo jure justificabile ein unbedingtes Mandat erkannt wurde.

II. Der Impetrat bringt dilatorische Einreden vor.

Sind diese unzulässig, so werden sie verworfen; außerdem wird entweder das Mandat sogleich aufgehoben und der Impetrant in die Kosten verurtheilt [5]), oder dieser wird noch darüber vernommen, und je nach Beschaffenheit der Sache bald ein Beweis aufgelegt [6]), bald die Nachholung des noch Fehlenden anbefohlen. [7]) — Die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, welche auch zu den dilatorischen gehört, hat ebenfalls die Einziehung des Mandats zur Folge, wenn sie erheblich befunden wird. [8]) Allein es steht sodann dem Kläger

---

[4]) Die Frage, ob periculum in mora vorhanden sey, oder nicht, kommt später im Hauptprocesse nicht mehr vor; sie erscheint als der nächste und entscheidendste Punkt im Mandatsprocesse selbst. Entsteht daher in dem Richter, ungeachtet der von dem Kläger beigebrachten Bescheinigung, ein Zweifel hierüber, so kann die Beseitigung desselben nicht verschoben, sondern sie muß jetzt schon bewerkstelligt werden, und zwar nöthigenfalls durch eine Beweisauflage. — Hierher gehört die Vorschrift des J. R. A. §. 77 und § 80.

[5]) J. R. A. §. 76.

[6]) Z. B. wenn der Impetrat die except. fori praevent. entgegengesetzt, und der Kläger dieselbe widersprochen hat. — Wem der Beweis aufzulegen sey, hat der Richter nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu entscheiden. J. R. A. §. 80. S. noch Thibaut, im Arch. für civ. Pr. XVII. S. 161. flgd.

[7]) Z. B. bei der exc. defic. legit. ad proc.

[8]) Z. B. wenn die producirte Schuldverschreibung kein docum. publ. war, und der Richter dennoch ein mand. s. cl. de solvendo erkannte. Francke (a. a. O. §. 66) hält die Zu-

frei, seinen Anspruch in einer andern, geeigneten Proceßart neuerdings anzubringen [9]).

III. Die vorgeschützten Einreden sind peremtorische.

Auch hier kommt es wieder darauf an, aus welchem Grunde das Mandat erlassen worden ist.

Wenn gegen Zahlungsbefehle aus öffentlichen Schuldverschreibungen liquide oder doch schnell zu erweisende [10]) peremtorische Einreden vorgebracht werden, so ist der Impetrant darüber zu vernehmen, und insofern er sie nicht zu entkräften vermag, das Mandat aufzuheben. — Illiquide Einreden dieser Art werden aber nach der Analogie des Executivprocesses zur besonderen Ausführung verwiesen, und das mandatum de solvendo wird bestätiget.

Bei mandatis ob periculum in mora gilt das Nämliche, insofern sich die peremtorische Einrede auf das provisorisch zu sichernde Recht des Impetranten selbst bezieht [11]).

Sollte jedoch bei einem mand ob fact. nullo jure justif. eine wahre peremtorische Einrede vorkommen [12]),

---

lassung der except. non rite form. proc. im Falle mangelnder Liquidiät für bedenklich. Allein ihrem Begriffe und Zwecke gemäß kann dieser Einwendung nicht wohl ein anderer Platz angewiesen werden. In der Regel wird sie übrigens ohnehin für den Richter nicht illiquid seyn.

9) Z. B. in dem not. 8. angeführten Falle, im Executivprocesse.

10) Zum Beweise solcher Einreden werden auch Privaturkunden zugelassen. — Mittermaier a. a. O. S. 213.

11) Z. B. die Einrede, daß die Schuldforderung durch Zahlung, Nachlaß, Compensation u. dgl. schon getilgt sey. — Denn solche Einreden gehören wieder ad caus. princip. O.-A. v. 1600. §. 61.

12) Dieser Fall wird sich selten ereignen. Möglich ist er aber doch, z. B. wenn sich beide Theile über die Folgen der widerrechtlichen Handlung bereits verglichen hätten.

welche nicht in das petitorium gehörte, so müßte, ohne Rücksicht auf die Liquidität derselben, der Impetrant darüber gehört, sodann der erforderliche Beweis aufgelegt, und nach dem Resultate der Beweisführung das Mandat entweder bestätiget oder aufgehoben werden [13]).

---

§. 15.

Fortsetzung.

So oft nach der bisherigen Darstellung (§. 14) die Einreden des Impetraten unbeachtet bleiben, oder verworfen werden müssen, und das anfangs erlassene Mandat bestätiget wird, geschieht dieses „per sententiam" d. h. der zuerst in der Eigenschaft eines einfachen Decrets ergangene Befehl nimmt jetzt die Natur eines Urtheils an [1]), wogegen auch Rechtsmittel zulässig sind [2]). In diesem

---

[13]) Denn auch hier folgt keine Hauptsache mehr nach; es muß daher die Sache jetzt schon vollständig erörtert werden. J. R. A. §. 77 und 80.

[1]) J. R. A. §. 76. „der Beklagte soll ad parendum *per sententiam* angehalten werden." Dieses Urtheil wurde bei den höchsten Reichsgerichten paritoria plena genannt, und unterschied sich von einer paritoria simplex dadurch, daß dem Beklagten darin anbefohlen wurde „Einwendens ungehindert" dem Mandate Folge zu leisten, während in der paritoria simpl. von der Verwerfung der Einreden keine Meldung geschah. *Roding*, Pand. cam. lib. III. Tit. 41. sq. — Danz, Reichsgchtsproc. §. 204.

[2]) Daß die ordentlichen Rechtsmittel keinen Suspensiveffect haben, läßt sich wohl nur dann behaupten, wenn periculum in mora vorhanden ist. — Der J. R. A. §. 107., auf welchen sich Claproth beruft, um diese Behauptung im all-

Urtheile werden jedoch solche Einreden, die nur wegen Illiquidität, oder, weil sie zur Hauptsache gehören, unberücksichtigt bleiben mußten, entweder zur besondern Ausführung, oder in die Hauptsache verwiesen. — Gegen zulässige Einreden soll nur noch ein Vortrag des Impetranten (die Replik)[3]) zugelassen, hiemit aber in der Regel das Verfahren geschlossen werden[4]). Allein von dieser Regel ist nicht nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn in der Replik neue thatsächliche Behauptungen vorkommen, in welchem Falle der Impetrat noch gehört werden muß, sondern der Richter kann, auch abgesehen von diesem Falle, noch fernere Vorträge gestatten, wenn es ihm zweckmäßig zu seyn scheint[5]). Ist auf Beweis erkannt worden, so soll das Beweisverfahren durch abgekürzte

---

gemeinen zu rechtfertigen, spricht nur von Wechsel- und Mercantilsachen. A. M. ist Martin §. 247. not. n. Mackeldey, Grundr. im Anh. S. 16. nro. 6.

3) Da wo die Zulässigkeit der Einrede durch deren Liquidität bedingt war, muß auch die Replik (im engeren Sinne des Wortes) sogleich liquid seyn. Widrigenfalls ist das Mandat aufzuheben; es bleibt aber dem Kläger unbenommen, jetzt noch im ordentlichen Proceßwege aufzutreten. — Der unmittelbare Uebergang von dem Mandatsprocesse zum ordentlichen Verfahren, sobald Einreden und illiquide Repliken vorkommen (Mittermaier, der g. d. Pr. Viert. Beitr. S. 216.), ist als eine Confundirung zwei verschiedener Proceßarten nicht gutzuheißen.

4) Diese Bestimmung unterstützt den oben (§. 12. not. 3.) angegebenen Gesichtspunkt, daß die Einwendungen des Impetraten eigentlich nicht als Einreden gegen die Klage, sondern als Anfechtungen des Mandats zu betrachten sind. J. R. A. §. 77. a. E.

5) J. R. A. a. a. O. doch „salvo judicis arbitrio."

Fristen und durch Hinweglassung alles Ueberflüssigen möglichst beschleuniget werden.[6])

---

§. 16.

Von dem bedingten Mandatsprocesse.

I. Fälle, in welchen er stattfindet.

Bedingte Mandate können ungleich leichter erwirkt werden als unbedingte, weil sie nicht einmal dem Scheine nach einen Verstoß gegen den Grundsatz enthalten, daß beide Theile gehört werden sollen. Wäre nicht die Form dieser Mandate abweichend von der Form der Decrete, welche im ordentlichen Processe auf die Klage erlassen werden, so würde man sie ohne Anstand in allen Fällen gebrauchen können[1]); m. a. W. der Beklagte würde nicht dabei gefährdet seyn, wenn regelmäßig auf jede Klage ein bedingtes Mandat erlassen würde, weil er ja nur die ihm dargebotene Gelegenheit zu seiner Vertheidigung zu benützen brauchte, um die Wirkung des Mandats zu suspendiren. Da jedoch in der Regel der Beklagte nur zu seiner Vertheidigung aufgefordert, und der bedingte Mandatsproceß als Ausnahme betrachtet wird, so ist man genöthiget, sich auf die Frage einzulassen, unter welchen Voraussetzungen diese Ausnahme stattfinde? — Die deutschen Reichsgesetze, so oft sie auch von mandatis cum clausula sprechen[2]) — enthalten keine genauere

---

[6]) Dep. Absch. v. 1600. §. 61. — J. R. A. . 77. – Conc. der C. G. O. Th. III. Tit. 42. §. 5.

[1]) v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 232. Ueber die Eigenthümlichkeit dieser Proceßart Francke a. a. O. §. 82.

[2]) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23. — R. A. v. 1594. §. 80. — Conc. d. C. G. O. Th. II. Tit. 25 und Thl. III. Tit. 42. — J. R. A. §. 81.

Bestimmung hierüber [3]). Man muß also gleichwohl die Natur der Sache zu Hülfe nehmen. Dieser zufolge wird man aber kaum zu einem anderen Resultate gelangen können, als daß ein mand. c. cl. nur dann erkannt werden soll, wenn zwar der Fall nicht zu einem unbedingten Mandate geeignet, aber doch der historische Grund der Klage [4]) wenigstens sehr wahrscheinlich gemacht [5]), und nicht zu vermuthen ist, daß der Beklagte Einreden vorbringen werde [6]). Denn nur darin läßt sich

---

3) Die älteren Cameralschriftsteller hielten sich an die Praxis des Kammergerichts, und sammelten die Fälle, in welchen man der Erfahrung zufolge darauf zählen konnte, daß ein clausulirtes Mandat nicht werde abgeschlagen werden. S. Blumen, proc. cam. Tit. XXXIV. Nro. 39—54. — *Roding.* Pand. cam. lib. I. Tit. 12. §. 9. sq. — Vergl. *Ludolf*, De jure cameral. Sect. I. §. 10. Nro. 29. sq. Die neuern Schriftsteller über den Reichsgerichtsproceß haben sich schon mehr dem allgemeinen Grundsatze genähert, welcher im §. aufgestellt ist. S. *Pütter*, nova epit. §. 168. — Danz, Reichsgerichtsproceß. §. 298.

4) Daß der Rechtsgrund der Klage außer Zweifel seyn müsse, wird hier um so weniger für wesentlich nothwendig zu erachten seyn, da die controverse Eigenschaft der Rechtsfrage selbst den unbedingten Mandatsproceß nicht schlechthin ausschließt. S. oben §. 8. not. 3.

5) Die Bescheinigungsmittel müssen jedoch solche seyn, welche sofort ein Resultat liefern, und nicht erst eine Vernehmung des Impetraten und ein ferneres Verfahren voraussetzen.

6) Die Meinungen über diesen Punkt sind jedoch verschieden. — Einige sehen bloß auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Anspruchs (Schmid, Hdb. III. Thl. S. 165. not. 3.); Andere lassen auch die rechtliche Begünstigung, welche der Anspruch des Klägers genießt, als Rechtfertigungsgrund des bedingten Mandatsprocesses gelten. Martin, Lehrb., §. 248 — Gensler, Comm. II. S. 63 b). — Süptiz, Lehrb. §. 52 b). — Linde, Lehrb. §. 359. Andere glauben, auch die bloße Unwahrscheinlichkeit, daß dem Beklagten Einreden

ein natürlicher Rechtfertigungsgrund für die Unterscheidung der gewöhnlichen Ladung von einem bedingten Mandate finden, daß doch die alternative Aufforderung, den Kläger zu befriedigen, oder sich zu vertheidigen, eine stärkere Vermuthung für die Richtigkeit der Ansprüche des Klägers voraussetzt, als die bloße Aufforderung, sich zu vertheidigen.

---

§. 17.

II. Vertheidigung des Beklagten.

Die Vertheidigung ist im bedingten Mandatsprocesse eben so unbeschränkt, wie im ordentlichen Processe. Denn alle Stellen in den d. Reichsgesetzen, welche eine Beschränkung in dieser Hinsicht anordnen, sprechen ausdrücklich nur von mandatis sine clausula[1]); in Beziehung auf mand. cum. claus ist nicht nur nichts Aehnliches bestimmt, sondern aus der ganzen Behandlung des bedingten Mandatsprocesses ergibt sich vielmehr, daß hier alle gewöhnlichen Vertheidigungsmittel als zulässig erkannt wurden[2]). Der Beklagte kann daher alle

zu Gebote stehen dürften, reiche schon zur Begründung dieser Proceßart hin. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 232. a. E. — Noch weiter gehen Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 142. — Heffter, Instit. S. 441, besonders Francke a. a. O. §. 83. — Vergl. noch Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 219. flg.

1) Z. B. R. A. von 1594. §. 77. — D. A. v. 1600. §. 61.

2) R. A. v. 1594. §. 80 und besonders J. R. A. §. 81 und 82, wo ein Verfahren bis zur Duplik, ja nach Umständen selbst bis zur Triplik gestattet, und ordentlicher Beweis, sogar Zeugenbeweis, zugelassen wird, wie in den Sachen „simplicis querelae."

dilatorischen und peremtorischen Einreden vorschützen, deren er sich im ordentlichen Processe hätte bedienen können — und zwar die letztern ohne Unterschied, ob sie sogleich liquid sind oder nicht. Ja selbst die bloße Verneinung der dem Mandatsgesuche zu Grunde gelegten Thatsachen kann nicht schlechthin, sondern nur insofern für unwirksam erklärt werden als der Kläger jene Thatsachen schon vollständig erwiesen haben sollte[3]. — Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß bei Streitigkeiten, welche nur den Besitz betreffen, petitorische Einwendungen zur besonderen Ausführung zu verweisen sind, wovon aber der Grund keineswegs in der eigenthümlichen Natur des bedingten Mandatsprocesses zu suchen ist[4]. Auch wollen Einige[5] in solchen Fällen, welche zum Executivprocesse geeignet wären, die illiquiden Einreden ad separatum verwiesen wissen, was sich aber — wenigstens in solchen Ländern, wo neben dem bedingten

[3]) Wenn z. B. der Kläger eine fehlerfreie und relevante Privaturkunde vorgelegt, und der Beklagte dieselbe recognoscirt hätte, so würde dem letzteren freilich der bloße Widerspruch des Inhalts nichts nützen. — Das Nämliche wäre aber auch im ordentlichen Processe der Fall. Daß aber auch die Verneinung einer bloß bescheinigten Klage ohne Wirkung, und nicht der Kläger, sondern der Beklagte zum Beweise verpflichtet seyn soll, wie Einige angenommen haben (*Ludolf*, de jure cam. Sect. I. §. 10. Nr. 26. — Danz, Reichsgchtspr. §. 301), ist gesetzlich nicht verordnet, und steht mit den gewöhnlichen Proceßgrundsätzen in offenbarem Widerspruche. Mittermaier, der d. g. Pr. IV. S. 221.

[4]) Denn auch dann, wenn das poss. im unbestimmt (regulär) summarischen Processe verhandelt wird, sind die Rechtsgründe in das petit. zu verweisen.

[5]) Claproth, Einleitung in die summ. Proc. §. 152. a. E. Gensler, Comm. II. 64.

Mandatsprocesse auch der Executivproceß hergebracht ist, — nicht rechtfertigen läßt[6]).

§. 18.

III. Verfahren in dem bedingten Mandatsprocesse.

Der Vortrag der Klage im bedingten Mandatsprocesse hat nichts Eigenthümliches, ausgenommen, daß der Implorant sogleich die nöthige Bescheinigung beibringen, und das Gesuch ausdrücklich auf die Erkennung eines bedingten Mandats richten muß. — Erscheint der Antrag zulässig, so wird nun das mandatum c. cl. wirklich erlassen, also dem Beklagten befohlen, den Kläger zu befriedigen; auf den Fall aber, daß er diesem Befehle zu gehorchen sich nicht für schuldig erachten sollte, zugleich eine Frist[1]) zur Anbringung seiner Einreden[2]) festgesetzt.

---

[6]) Denn wenn es dem Kläger frei stand, den Executivproceß, oder den bedingten Mandatsproceß zu wählen, und er trug selbst auf den letzteren an, so hat er hierdurch ebensowohl auf die Vortheile des Executivprocesses Verzicht geleistet, als wenn er den ordentlichen Proceß ergriffen hätte.

[1]) Diese Frist soll immer in peremtorischer Eigenschaft gegeben werden, wie dieses bei den Reichsgerichten laut der dort üblichen Mandatsformel — (Danz, Grds. der summ. Proc. §. 86. not. c.) auch wirklich geschah.

[2]) Diese Einwendungen wurden im Reichsgerichtsprocesse ehedem causales genannt. R. A. v. 1594 §. 80. — Vor dem J. R. A. wurden sie in Artikelform vorgetragen. Dieses Reichsgesetz verordnete aber, der Beklagte soll anstatt der Causalartikel „eine kurze, nervose und summarische Ausführung seines Rechtens" überreichen. J. R. A. §. 81. — Die Sitte, vermöge welcher der Kläger vor Einbringung der causales noch ein Libell übergeben mußte, ward schon durch den R. A. v. 1594. §. 80. abgeschafft.

Das weitere Verfahren hängt von dem Benehmen des Beklagten ab. A. Gehorcht dieser, so hat der Mandatsproceß ein Ende. B. Läßt er das Mandat unbefolgt, und erscheint auch nicht, um sich zu vertheidigen, so wird auf Verlangen des Klägers der Befehl erneuert, und zwar jetzt mit Hinweglassung der justificatorischen Clausel und unter Androhung der Execution [3]), welche bei fortgesetztem Ungehorsam wirklich verhängt, und im Falle einer geschehenen Strafandrohung [4]) auch auf die Strafe ausgedehnt wird. — C. Bringt endlich der Beklagte Einwendungen vor [5]), so kommt alles auf die Beschaffenheit derselben an. Sind sie erheblich und jetzt schon vollkommen liquid, so kann das Mandat ohne

---

[3]) Gewöhnlich sagt man bloß, durch den Ungehorsam des Beklagten werde das m. c. cl. in ein m. s. cl. verwandelt. Z. B. schon *Ludolf*, De jure cam. Sect. I. §. 10. nro. 25. in fin. *Pütter*, epit. §. 170. und alle Neueren. Allein, wenn dieses vollkommen richtig wäre, so müßten auch jetzt noch, d. h. nach dem Ablaufe der ad excip. ertheilten peremtorischen Frist, wenigstens alle diejenigen Einwendungen zugelassen werden, welche im unbedingten Mandatsprocesse zulässig sind. Dieses scheint aber doch hinsichtlich solcher Defensionen nicht gebilligt werden zu können, welche das Wesen des Processes nicht betreffen. — S. oben §. 13. Deßhalb dürfte es zweckmäßiger seyn, mit dem Mandate sogleich die Androhung der Execution zu verbinden, wodurch von selbst alle Einreden ausgeschlossen sind, die nicht schon ihrer Natur nach überhaupt auch noch während des Executionsverfahrens gehört werden müssen. — Bei den Reichsgerichten war man freilich auch hier mit einfachen Paritorien nicht sparsam. S. oben §. 11. not. 1. Der hier entwickelten Ansicht stimmt auch bei Francke a. a. O. §. 87.

[4]) Daß bei den Reichsgerichten Strafandrohungen bei m. c. cl. eben so üblich waren, wie bei m. s. cl., zeigt die Formel.

[5]) Zu diesen gehört hier auch das Abläugnen des historischen Klagegrundes.

weiteres aufgehoben und der Kläger abgewiesen werden[6]. — Sind sie zwar erheblich, aber noch nicht erwiesen, so wird über dieselben eben so verhandelt, wie im ordentlichen Processe[7]), also replicirt und duplicirt[8]) — wo es nöthig ist, das Beweisverfahren eingeleitet[9]) und nach den Resultaten des geführten Beweises das Endurtheil gefällt[10]). Erscheinen endlich die Einwendungen

---

[6]) Nach Beschaffenheit der vorgebrachten Einrede kann diese Abweisung bald eine definitive seyn, bald nicht. Daß aber auch eine Verweisung des Klägers zum ordentlichen Processe vorkommen könne — dann nämlich, wenn der Beklagte bloß die Zulässigkeit des Mandatsprocesses bestreitet — bezweifle ich aus dem Grunde, weil ja der Beklagte jetzt schon Gelegenheit hat, durch das Vorbringen aller seiner Einreden den Mandatsproceß in den ordentlichen zu verwandeln, folglich die Verweisung zu einer neuen Klagestellung doch wohl nur eine zwecklose Verzögerung veranlassen würde. — A. M. Mittermaier, Beitr. IV. S. 222.

[7]) Vorausgesetzt nämlich, daß nicht der Streitgegenstand an sich schon zum regulär summarischen Processe geeignet ist. — Martin, Lehrb. §. 249. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 235.

[8]) J. R. A. §. 81.

[9]) J. R. A. §. 82.

[10]) Durch das Vorbringen erheblicher Einreden, und selbst durch das Abläugnen des historischen Klagegrundes wird demnach der bedingte Mandatsproceß in der Regel in den ordentlichen verwandelt, oder, wie die Cameralschriftsteller sich ausdrücken: mandatum resolvitur in vim citationis. Bei den älteren Juristen war dieser Satz ziemlich allgemein anerkannt, wenigstens in Beziehung auf den Beklagten. *Gaill*, Obs. I. 19 Nro. 5 et 6. Blumen, proc. cam. Tit. XXXIV. §. 63. sq. *Roding*, Pand. jur. cam. lib. I. Tit. 12. §. 119. Allein Ludolf, welcher seine Vorgänger gern kritisirte, suchte zu zeigen, daß der bedingte Mandatsproceß auch dann noch eine eigenthümliche summarische Natur beibehalte, wenn

des Beklagten als offenbar unerheblich, so wird eben so erkannt, wie im Falle des Ungehorsams[11]) (ob. lit. B.).

Der Vorzug des bedingten Mandatsprocesses vor dem ordentlichen zeigt sich dieser Darstellung zufolge nur darin, daß sich a) der Beklagte doch eher durch ein mandatum c. cl. als durch eine bloße Ladung zur alsbaldigen Befriedigung des Klägers bewogen finden kann; und b) daß im Falle des Ungehorsams der Kläger nicht, wie im ordentlichen Processe, erst den Grund seiner Klage beweisen muß, sondern sogleich auf die Androhung der Execution dringen kann.

---

§. 19.

B. Arrestproceß.

I. Ueber den Arrest im allgemeinen.

1. Begriff und Arten.

Unter Arrest im weiteren Sinne versteht man nicht nur das Festhalten einer Person an einem bestimmten Orte,

---

auch wirklich der Beklagte Einreden vorbringe (De jur. cam. Sect. I. §. 10. Nr. 25 et 26.), und seiner Ansicht folgten mehrere Neuere, z. B. Danz, Reichsgerichtsproc. §. 301 a. E. Claproth, Einl. in die summ. Pr. §. 152. Die Bestimmung des J. R. A. §. 81 und 82 spricht aber doch gewiß mehr für die entgegengesetzte Meinung. — v. Grolman, Th. d. g. V. § 235. Not. 2. — Martin, Lehrb. §. 249. Not. g.

[11]) Auch in Ansehung der Strafe dürfte hier keine Abweichung zu machen seyn, wenigstens dann nicht, wenn man die reichsgerichtliche Formel beibehält. Denn in dieser ist nur von „erheblichen und beständigen Ursachen" die Rede. A. M. Danz, Reichsgerichtsproc. §. 301. not. f.

sondern auch die Verfügung, durch welche eine Sache der Disposition ihres Besitzers wegen einer Forderung[1]), die man an denselben zu machen hat, entzogen wird. Darnach unterscheidet man Personal- und Realarrest[2]). —

§. 20.

2. Zweck des Arrestes.

Der Zweck des Arrestes kann ein doppelter seyn[1]). Entweder soll nämlich der Schuldner dadurch genöthiget werden, eine Schuld zu bezahlen, wegen welcher er bereits rechtskräftig verurtheilt ist[2]); oder der Arrest soll dem Gläubiger nur als Sicherungsmittel in dem Falle dienen, wenn zwar der Schuldner noch nicht condemnirt ist, aber mit Grund zu besorgen steht, daß ohne diese provisorische Maßregel dem Gläubiger die gerichtliche Verfolgung seines Anspruches erschwert, oder die Aussicht auf die wirkliche Erfüllung des künftigen Urtheils vereitelt werden dürfte. — In dieser letzten Eigenschaft, als bloßes Sicherungsmittel, ist der Arrest viel häufiger,

---

1) Dadurch, sowie durch das Merkmal, daß sich der Gläubiger die Sache seines Schuldners nicht zuzueignen gedenkt, unterscheidet sich der Arrest von dem spolium und furtum.

2) Für den Realarrest kommt in den deutschen Rechtsbüchern der Ausdruck Bekümmerung vor. Heffter, Inst. S. 426. Nro. 3. Auch das Wort „Beschlag" wird dafür gebraucht.

1) Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 227.

2) Zu diesem Zwecke, d. h. als Executionsmittel, wird der Personalarrest namentlich im Wechselprocesse angewandt. — Schon daraus folgt, daß es nicht ganz richtig ist, wenn einige den Arrest bloß als vorläufiges Sicherungsmittel für den Gläubiger darstellen.

und bei der Darstellung des Arrestprocesses kommt er auch nur in dieser Eigenschaft in Betracht.

---

§. 21.

II. Von dem Arreste als Sicherungsmittel insbesondere.

1. Gegenstand des Realarrestes.

Gegenstand des Realarrestes kann alles seyn, was dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen im Stande ist, also nicht bloß Sachen, bewegliche oder unbewegliche[1]), sondern auch Forderungen[2]); ja sogar Dinge, welche an sich gar keinen oder nur einen ganz unbedeutenden Werth haben, wenn sie nur für den Schuldner von solchem Interesse sind, daß man erwarten kann, er werde sich durch die Vorenthaltung derselben zu dem bestimmen lassen, was man von ihm zu erlangen wünscht. — Nur ganz fremde, d. h. solche Sachen, bei denen es gewiß ist, daß dem Schuldner kein Recht darauf zusteht, können nicht mit Beschlag belegt werden[3]).

---

1) Der Realarrest im engern Sinne beschränkt sich freilich nur auf die Wegnahme beweglicher Güter des Schuldners (v. Grolman, Theor. des ger. Verf. §. 239), und der deutsche Begriff der Verkümmerung erstreckte sich auch nicht weiter. Allein die Sequestration unbeweglicher Güter ist doch auch eine Beschränkung der Dispositionsfreiheit, und kann zu demselben Zwecke dienen, wie die Beschlagnahme beweglicher Sachen. Sie wird also mit Recht auch hieher gezählt. — Martin, Lehrb. §. 242. a. E. Mittermaier, a. a. O. S. 227.

2) S. darüber Mittermaier a. a. O. S. 241. flg.

3) Wenn über das Eigenthum einer Sache, welche der Schuld-

§. 22.

2. Von der Wahl des Arrestobjects.

Da selbst bei der Execution eines rechtskräftigen Urtheils — soweit es ohne Nachtheil für den Sieger geschehen kann — schonende Rücksicht auf den Verurtheilten genommen werden muß, so darf dieses um so weniger bei der Verhängung eines Arrestes außer Acht gelassen werden, wo gewöhnlich der Anspruch des Gläubigers noch nicht vollkommen liquid ist, und wo es nur auf vorläufige Sicherstellung desselben ankommt. Aus diesem Grunde soll der Personalarrest nur in Ermangelung hinreichender Objecte für einen Realarrest verhängt, und auch der Realarrest immer zunächst an dem Vermögen des Schuldners angelegt werden, welches derselbe leichter entbehren kann [1]. — Ein Mißgriff in der Wahl des Arrest-

---

ner besitzt, zwischen ihm und einem Dritten ein Proceß anhängig ist, so hindert dieß die Verhängung des Arrests über diese Sache nicht. Nur versteht sich dabei von selbst, daß die Rechte des Dritten nicht beeinträchtigt werden dürfen, weßhalb auch der Arrest ohne weiteres aufgehoben werden muß, sobald die Sache dem Dritten rechtskräftig zuerkannt wird. — Auch solche Gegenstände, über deren Eigenthum zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger selbst gestritten wird, können mit Arrest belegt werden, wenn sie sich im Besitze des Schuldners befinden. — *Voet.* Comment. ad. Pand. lib. II. Tit. IV. §. 57. — Martin, Lehrb. §. 241. not. e. — Steht dem Schuldner das Miteigenthum, oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache zu, so ist die Verfügung eines Arrests gleichfalls insofern zulässig, als sie ohne Kränkung der Rechte des Miteigenthümers oder Proprietärs geschehen kann. *Voet.* l. c. §. 54 bis 56.

[1]) Danz, Grunds. der summ. Pr §. 99. — Heffter, Instit. S. 429. Nr. 6.

objects kann von dem Schuldner gerügt, und dadurch Veranlassung zu einer Abänderung gegeben werden[2]).

---

§. 23.

3. Von der Vollziehung des Arrestes.

Die Art der Vollziehung des Realarrestes hängt von der Beschaffenheit des Objects ab[1]). — Bewegliche Sachen werden entweder obrigkeitlich versiegelt, oder in gerichtliche Verwahrung gebracht, oder endlich, wo dieses nicht thunlich ist, unter die Aufsicht eines unparteiischen Dritten gestellt. Bei Immobilien wird die Sequestration verfügt. Bei Activforderungen endlich besteht die Arrestverfügung darin, daß dem Schuldner des Schuldners bei Vermeidung doppelter Zahlung befohlen wird, an den letzteren keine Zahlung zu leisten[2]). — Der Personalarrest wird entweder dadurch vollzogen, daß man den Schuldner in seiner Wohnung bewachen, oder in einen öffentlichen Detentionsort bringen läßt. — Wenn nicht dringende Gefahr eine thätliche Einschreitung erheischt, so kann auch der Arrest bloß durch geeignete Befehle an den Schuldner verhängt werden[3]).

---

[2]) Eben so wie bei einer unrichtigen Wahl der Zwangsmittel im Executionsverfahren der Verurtheilte die s. g. exc. coa ordinem et modum execut. vorbringen kann.

[1]) S. darüber Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 127.

[2]) Mittermaier a. a. O. S. 242 flg.

[3]) Z. B. durch den Befehl, eine Sache bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht zu veräußern, seinen Aufenthaltsort nicht zu verlassen u. dgl. In solchen Fällen entsteht aber eigentlich ein unbedingter Mandats- und kein Arrestproceß.

§. 24.

4. Von der Zulässigkeit des Arrestes[1]).

a. Voraussetzungen, unter welchen ein Arrest stattfindet.

Da der Arrest nur ein Sicherungsmittel ist, so wird 1) auf Seite desjenigen, welcher ihn bewirken will, immer eine Forderung, ein Anspruch vorausgesetzt, und zwar gegen den, an dessen Person oder Vermögen der Arrest vollzogen werden soll. — Ob die Forderung bereits exigibel ist oder nicht, darauf kommt gewiß nichts an[2]).

---

1) Man verwechsle nicht Arrest und Arrestproceß, d. h. diejenige irregulär summarische Proceßart, von welcher hier allein die Rede ist. Bei weitem nicht immer darf diese Proceßart angewandt werden, so oft auf Arrest angetragen und der Antrag auch als begründet befunden wird. — Auch in der Form eines Mandatsprocesses, ja selbst eines regulär summarischen Verfahrens kann eine Arrestsache behandelt werden. Alles kommt hier auf den Grad der vorhandenen Gefahr an. — Von den Bedingungen des eigentlichen Arrestprocesses wird weiter unten besonders die Rede seyn.

2) Arg. fr. 41. D. de jud. (5. 1.) A. M. scheint freilich zu seyn *Mevius* de arrest. c. X. Nr. 20 sq. Allein, da jeder Arrest aufgehoben werden muß, wenn dem Gläubiger hinreichende Caution geleistet wird, so ist es gar nichts Besonderes, wenn Mevius sagt, bei noch nicht zahlbaren Forderungen könne nur Arrest gesucht werden „ut idonee caveatur, non ut satisfactio fiat." — Der Autorität dieses Schriftstellers folgt Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 115. Danz beruft sich ebenfalls auf ihn (Grds. der summ. Proc. §. 100.), sagt aber etwas ganz anderes. — Gar nicht hieher gehört fr. 14. D. De pignor. (20. 1.) S. darüber Glück, Comm. Bd. XVIII. S. 326. Vergl. überhaupt: Francke a. a. O. §. 92.

Aber auch bei bedingten Ansprüchen dürfte sowohl nach der Analogie des Röm. Rechts, als auch nach der Natur der Sache die Zulässigkeit einer Arrestverfügung nicht zu bezweifeln seyn[3]. — Das Daseyn einer Forderung allein kann aber begreiflicher Weise zur Rechtfertigung des Arrestes — welcher gewissermaßen eine Execution vor dem Urtheile ist — nicht hinreichen, sondern dazu wird auch noch 2) eine *causa arresti* erfordert. Ueber die Frage in welchen Fällen ein hinreichender Rechtfertigungsgrund des Arrestes anzunehmen sey, bestehen zwar verschiedene Meinungen. Gewöhnlich wird nicht bloß die Gefahr einer Vereitlung, sondern auch einer bedeutenden Erschwerung der künftigen Rechtsverfolgung als causa arresti angesehen[4]. Allein gemeinrechtlich[5] dürfte eine bloße Erschwerung nicht genügen,

---

[3]) Arg. fr. 6. D. 42. 4. (Quibus ex caus. in poss.) A. M. ist Heffter, Inst. S. 428. nro. 2. not. 4. wegen fr. 14. §. 2. D. eod. — Allein durch die Verbindung des fr. 6. pr. mit fr. 9. eod. scheint die Schwierigkeit keineswegs gehoben werden zu können, welche seiner Ansicht entgegensteht. Eher ist wohl fr. 14. von einer missio cum effectu venditionis zu verstehen.

[4]) Glück, Comm. Bd. VI. S. 333. — Danz, Grds. der summ. Proc. §. 103. — Martin, Lehrb. §. 240. — Linde, Lehrb. §. 348. — Mittermaier, der. gem. d. Pr. IV. 2te Aufl. S. 228. Auch der Verfasser des gegenwärtigen Lehrbuches stimmte bisher dieser Ansicht bei. 4te Aufl. §. 24.

[5]) Denn nach einzelnen deutschen Landesgesetzen ist allerdings hie und da auch eine bloße Erschwerung der Rechtsverfolgung schon eine hinreichende Arrestursache; z. B. Cod. jud. bav. c. 1. §. 8. und c. 8. §. 6. — Hannov. Proceßordn. Art. 110. nro. 3. — Baden'sche Proceßordn. §. 676. nro. 3.

sondern vielmehr folgender Grundsatz zur Beurtheilung vorkommender Fälle aufzustellen seyn: „So lange es gewiß ist, daß der Gläubiger auch nach der bevorstehenden Veränderung der Umstände seinen Anspruch gerichtlich verfolgen kann, und auch kein besonderer Grund vorhanden ist, zu besorgen, daß der Schuldner außer Stand gesetzt werden könnte, dem künftigen Urtheile Folge zu leisten — ist eine Arrestverfügung unstatthaft; sey es auch, daß dem Gläubiger durch die Veränderung der Umstände die Verfolgung seines Anspruches in irgend einer Beziehung erschwert werden sollte[6]). — Wenn es hingegen unter den gegebenen Verhältnissen entweder a) zweifelhaft ist, ob der Berechtigte ohne eine provisorische Maßregel späterhin überhaupt im Stande seyn werde, die gerichtliche Hülfe anzurufen; oder b) ob — wenn auch der Klagestellung kein Hinderniß

[6]) Wenn daher Ansprüche an einen Verstorbenen gegen dessen Erben verfolgt werden, und diese im Begriffe stehen die Erbschaft zu theilen, so liegt hierin allein noch kein hinreichender Grund zu einer Arrestverfügung, selbst dann nicht, wenn die Erben in verschiedenen Gerichtsbezirken ihr Domicil hätten. Nur Gefahr einer Verschwendung, oder Ungewißheit des Domicils eines Erben würden jene Verfügung rechtfertigen. Denn sind die Erben angesessen und zahlungsfähig, so tritt für den Gläubiger höchstens die Unbequemlichkeit ein, bei verschiedenen Gerichten klagen zu müssen, und selbst diese Unbequemlichkeit kann in den meisten Fällen durch die Anwendung der Grundsätze über das forum contin. ex ident. caus. beseitiget werden. — Verschiedene Ansichten über diesen Fall s. bei Martin §. 240. nro. 4. not. h. — Linde, Lehrb. §. 348. not. 13. — Mittermaier a. a. O. S. 233. flg. — Auch der Umstand allein, daß der Schuldner ein Ausländer ist, reicht zur Begründung eines Arrestes gemeinrechtlich noch nicht hin. — Mittermaier a. a. O. S. 231.

droht — der Verurtheilte seiner Zeit noch die Fähigkeit besitzen werde, dem Urtheile nachzukommen [7]) — so

---

[7]) Eine erschöpfende Aufzählung aller einzelnen Fälle, in welchen eine solche Gefahr existirt, ist nicht möglich, und es muß daher in dieser Hinsicht das Meiste der Beurtheilung des Richters überlassen werden. Als die gewöhnlichsten Fälle dieser Art können jedoch folgende ausgezeichnet werden: a) Wenn der Schuldner fluchtverdächtig ist, oder gar schon die Flucht ergriffen hat, und von dem Gläubiger eingeholt wird. — Denn da in diesem Falle schon das Röm. Recht (fr. 10. §. 16. D. 42. 8. Quae in fraudem etc.) ohne Mißbilligung sogar von eigenmächtiger Wegnahme des Geldes durch den Gläubiger spricht, so trug man um so weniger Bedenken, eine Arrestverfügung unter richterlicher Autorität zuzulassen. S. schon die Glosse zu fr. 10. cit. Heffter, Inst. S. 432. not. 12 b. b) Wenn man von einem Ausländer etwas zu fordern hat — bei dem ausländischen Gerichte die Justiz verweigert wurde und sich der Schuldner nachher im Inlande betreten läßt. — Martin, Lehrbuch §. 240. nro. 3. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 232. Nach einigen deutschen Particulargesetzen wird nicht einmal eine vorausgehende Justizverweigerung von Seite des ausländischen Gerichts erfordert, sondern die Eigenschaft des Schuldners als Ausländer reicht allein schon hin, um einen Arrest bei inländischen Gerichten wider ihn zu rechtfertigen, z. B. Cod. jud. bav. c. 1. §. 8. und c. 8. §. 6. Vergl. Thom. Aug. Hofmann, der bayer. Arrestpr. Augsb. 1824. §. 7. nro. 13. — Die Frage, ob der Unterthan eines deutschen Bundesstaates in einem andern als Ausländer zu betrachten sey, wird richtiger bejaht, wenn nicht specielle Staatsverträge etwas anderes mit sich bringen. A. M. ist wegen der k. preuß. Verord. vom 2 Mai 1823 für die Rheinprovinzen Heffter a. a. O. S. 431. not. 11. Dagegen aber Mittermaier a. a. O. S. 236. — c) Wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und deßhalb Vereitlung der künftigen Execution zu besorgen ist, in welchem Falle schon die Glosse eine Sequestration für zulässig

darf zur Sicherstellung des Gläubigers Arrest verhängt werden. [8])

Selbst unter diesen Voraussetzungen darf aber der Gläubiger den Arrest nicht eigenmächtig vollziehen, sondern er muß deßhalb die gerichtliche Hülfe anrufen. [9])

---

§. 25.

b. Wer kann um Anlegung eines Arrestes bitten?

Die Befugniß, auf die gerichtliche Verfügung eines Real- oder Personalarrestes anzutragen, steht jedem zu, der eine Forderung an denjenigen hat, wider welchen er

---

hielt. S. Glosse zu c. un. C. 4. 4. (De prohib. sequestr.) Fr. 22. §. 8. D. 24. 3. (Solut. matrim.) — Fr. 21. §. 3. (D. 49. 1. De appell.)

[8]) Der Hauptgrund für diese beschränkende Theorie liegt darin, daß das Röm. und Canonische Recht die missio in poss. rei serv. caus. und die sequestratio — welche dort die Stelle des Sicherungsarrestes vertreten — nur in solchen Fällen als zulässig erklären, in welchen die Gefahr einer gänzlichen, oder doch theilweisen Vereitlung vorhanden ist. S. über das Ganze: A. H. Quentin im Arch. für die civ. Prax. Bd. XXIII. S. 239. flg. — Ueber die Zulässigkeit des Arrestes in Folge einer vertragsmäßigen Uebereinkunft s. Mittermaier a. a. O. S. 234.

[9]) In früherer Zeit waren freilich eigenmächtige Pfändungen in Deutschland etwas sehr gewöhnliches. Allein die Reichsgesetzgebung suchte diese Art von Selbsthülfe immer mehr zu beschränken (Heffter Inst. S. 426. nro. 3.), und jetzt werden Arrestverfügungen ohne obrigkeitliche Autorität wohl überall für rechtswidrig gehalten, ausgenommen etwa im äußersten Falle, wenn keine richterliche Hülfe zu erlangen ist. Süptiz Lehrb. §. 21. nro. 3. — Vgl. fr. 10. §. 16. D. 42. 4. (Quae in fraud. cred.)

den Arrest verhängt wissen will. [1]) Daß er das Gesuch auch durch einen Bevollmächtigten stellen lassen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Nur wird gewöhnlich behauptet, der Procurator müsse hiezu ein Specialmandat haben [2]), weil ein Fehlgriff für den Mandanten leicht nachtheilige Folgen haben könnte. Da jedoch die Nothwendigkeit einer Specialvollmacht keineswegs schon durch die Möglichkeit solcher Folgen begründet wird [3]), und da dem Mandanten, wenn er durch ein Versehen seines Procurators zu Schaden kommen sollte, eine Entschädigungsklage wider den letztern zusteht, so scheint es richtiger zu seyn, auch einen generellen Auftrag schon als hinreichend gelten zu lassen. Eben deßwegen wird man auch einen Stell-

---

[1]) Vorausgesetzt nämlich, daß eine causa arresti vorhanden ist.

[2]) Danz Grundſ. der summ. Proc. §. 97. — Vgl. *Leyser* Med. sp. 475. med. 6.

[3]) Ein Versehen des Anwalts kann nicht nur bei einem Arrestgesuche, sondern fast bei jeder Handlung nachtheilige Folgen für den Mandanten haben. — Eine Specialvollmacht ist vielmehr nur zu solchen Schritten nothwendig, durch welche von dem Rechte des Mandanten etwas aufgeopfert, oder doch der Gefahr des Verlustes ausgesetzt wird, indem nicht zu vermuthen ist, daß der Mandant bei der Ausstellung einer bloßen Generalvollmacht auch solche Handlungen im Sinne gehabt habe. Durch die Bitte um Verhängung eines Arrestes wird aber nicht nur von den Ansprüchen des Mandanten nichts auf das Spiel gesetzt, sondern vielmehr der Gefahr eines Verlustes vorgebeugt; und von demjenigen, der einen andern zur gerichtlichen Verfolgung eines Anspruches überhaupt ermächtiget hat, ist vernünftigerweise anzunehmen, daß er ihn hiermit auch zur Abwendung einer Lage ermächtigen wollte, in welcher jene Verfolgung unmöglich oder doch viel schwieriger seyn würde. *Wernher* Obs. V. obs. 332. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Schmid Hdb. III. Thl. S. 134 und 135.

vertreter ex mandato praesumto zulassen müssen, wenn er nur Caution leistet [4].

---

§. 26.

c. Gegen wen kann ein Arrest nachgesucht werden?

Der Arrest kann gegen jeden Schuldner verhängt werden [1]), sobald die allgemeinen Bedingungen der Zulässigkeit dieser Verfügung vorhanden sind. Nur Gesandte [2]) genießen nach dem völkerrechtlichen Grundsatze der Exterritorialität in dem Staate, in welchem sie accreditirt sind, die Befreiung vom Personal- und Realarreste [3]), so lange die Gesandtschaft dauert. Auch dürfen Personen, welche in öffentlichen Diensten stehen — wenn sie durch Dienstverhältnisse genöthiget sind, sich von ihrem bisheri-

---

[4]) *Wernher* l. c. obs. 284. Ueber die Frage, inwiefern ein Ausländer bei einem inländischen Gerichte mit Erfolg auf Arrest antragen könne, s. Mittermaier a. a. O. S. 235.

[1]) Aber nur gegen die Person des Schuldners allein, oder auf solche Sachen, woran ihm Rechte zustehen, nicht auch auf Dritte oder deren Vermögen, wenn auch zwischen ihnen und dem Schuldner ein näheres Verhältniß, z. B. Verwandtschaft oder Landsmannschaft stattfände.

[2]) Keineswegs aber auch bloße Agenten, Lieferanten, Commissäre u. dgl. einer auswärtigen Regierung. S. Martin, Rechtsgutachten des Heidelberger Spruchcolleg. S. 282. flg. — Dagegen auf das Gefolge des Gesandten ist jene Befreiung allerdings auszudehnen. *Voet.* Comm. lib. II. tit. IV. §. 43.

[3]) Nur dann, wenn der Gesandte in dem Staatsgebiete, in welchem er sich in dieser Eigenschaft befindet, unbewegliche Güter besitzt, dürfte ein Realarrest auf diese Güter zu rechtfertigen seyn. — Vgl. Hofmann, der bayer. Arrestproc. S. 75. nro. V.

gen Aufenthaltsorte zu entfernen — zur Sicherstellung eines Privatanspruches nicht persönlich[4]) verhaftet werden — gesetzt auch, daß durch ihre Entfernung für den Gläubiger eine Gefahr entstünde[5]).

§. 27.

d. Bei welchem Gerichte muß der Arrest gesucht werden?

In der Regel muß das Arrestgesuch bei demselben Gerichte angebracht werden, welches für die Hauptklage — deren Object durch den Arrest gesichert werden soll — competent wäre[1]). — Wenn jedoch die gefahrdrohenden Umstände von der Art sind, daß eine Abwendung der

---

[4]) Vom Realarreste sind sie nicht befreit. — Nur genießen in den meisten deutschen Ländern die Staatsdiener das wohl auf einer höheren Rücksicht beruhende Privilegium, daß nur ein Theil ihrer Besoldung mit Beschlag belegt werden darf; z. B. Hofmann a. a. O. S. 59. nro. XX.

[5]) Z. B. gegen den Soldaten, welcher in das Feld zieht, findet zur Sicherstellung seiner Gläubiger kein Personalarrest statt. — Gewöhnlich wird dieses Privilegium nur Soldaten eingeräumt. — Danz, Grds. der summ. Proc. §. 98. nro. 2. Allein unstreitig tritt auch bei Anderen, die im öffentlichen Dienste stehen, und die durch den Dienst abberufen werden, derselbe Grund der Befreiung ein. — Wenn man behauptet, daß gegen Geistliche kein Personalarrest verhängt werden dürfe, ausgenommen sie wären auf der Flucht begriffen (Danz a. a. O. nro. 1.), so ist dieses zwar richtig, aber ein besonderes Vorrecht ist darin nicht zu finden, indem auch gegen Laien der Personalarrest im äußersten Falle stattfindet. — S. nach *Voet*. l. c. §. 42. 47. 48. Danz a. a. O. §. 98.

[1]) Ob dieses forum generale oder speciale ist, darauf kommt nichts an.

Gefahr durch das ordentliche Gericht der Hauptsache nicht erwartet werden kann, so kann das Arrestgesuch bei jedem Gerichte angebracht werden, in dessen Bezirke sich der Schuldner, oder Sachen desselben befinden [2]). Gegen den flüchtig gewordenen Schuldner kann daher aller Orten der Arrest verfügt werden, wo er sich betreten läßt. Dasselbe gilt auch gegen den ausländischen Debitor, dessen auswärtiges ordentliches Gericht die Justiz in der Hauptsache verweigert hatte.

---

§. 28.

5. Wirkung des Arrestes.

a. Des rechtmäßig verhängten.

Durch die Verhängung des Realarrestes erhält zwar der Impetrant kein Pfand oder Vorzugsrecht auf das Arrestobject [1]), weßhalb er auch im Falle eines ausbrechenden Universalconcurses den Pfandgläubigern weichen muß, wenn nicht seine Forderung an sich schon durch eine Hypothek gesichert ist. Indessen kann er doch gegen jede Disposition des Impetraten über die mit Arrest belegten Sachen protestiren, insofern dadurch seine Sicherheit leiden würde [2]). — Außerdem legt man der rechtmäßigen

---

[2]) Francke, der gem. u. Schleswig-Holst. Proceß II. Thl. §. 97. S. 246. — Schmid, Hdb. III. Thl. S. 136.

[1]) Wernher Obs. VII. obs. 204. — Struben, Rechtl. Bedenk. III. 12.

[2]) Denn andere Verfügungen, durch welche die Sicherheit des Gläubigers nicht gefährdet wird, müssen dem Schuldner allerdings gestattet werden. — Selbst den Fortgenuß der Zinsen einer mit Arrest belegten Activforderung kann man dem Schuldner nicht immer unbedingt absprechen.

Verfügung des Arrestes zuweilen auch noch die Wirkung bei, daß dasselbe Gericht, welches den Arrest anlegt, auch für die Hauptsache competent wird (forum arresti); nämlich dann, wenn entweder gegen einen Ausländer, der sich im Inlande betreten läßt, oder gegen einen flüchtigen Schuldner am Orte der Deprehension der Arrest verhängt wird [3]).

§. 29.

b. Des unrechtmäßig verhängten.

Da die widerrechtliche Verhängung eines Arrestes für den Impetraten nicht nur in Ansehung seines Vermögens, sondern auch seiner persönlichen Ehre von nachtheiligen Folgen seyn kann, so stehen ihm möglicherweise auch zwei Rechtsmittel zu Gebote, nämlich eine Entschädigungs- [1]) und die Injurienklage, und zwar so, daß, wenn für beide die erforderlichen Bedingungen vorhanden sind, eine Klage durch die andere nicht ausgeschlossen wird [2]). — Die Verbindlichkeit des Impetranten zur Entschädigung wird jedoch keineswegs schon dadurch allein begründet, daß er in der Hauptsache unterliegt, sondern es müssen hiebei auch die allgemeinen Grundsätze über

[3]) v. Grolman, Theor. des ger. Verf. §. 240. — Martin, Lehrb. §. 241. und § 56. lit. B. Eigentlich ist aber auch in den oben angeführten Fällen nicht die Arrestverfügung der Grund der Competenz in der Hauptsache, sondern der Mangel eines ordentlichen Gerichtes, an welches die Hauptsache mit Erfolg verwiesen werden könnte. S. meine Vortr. über ord. Pr. S. 137.

[1]) S. den R. A. von 1594. §. 87.

[2]) Denn jede verfolgt einen anderen Zweck.

dolus, culpa und error berücksichtiget werden [3]. — Sollte auch der Richter an dem begangenen Unrechte Theil genommen haben, so würde der Impetrat auch gegen ihn auftreten können [4]. — Wenn übrigens der Beklagte seinen Entschädigungs-Anspruch, oder die Injurienklage gegen den Impetranten in Form einer Reconvention im Arrestprocesse selbst anbringt, so kann dieser Widerklage die Wirkung der gleichzeitigen Verhandlung nicht beigelegt werden [5].

---

§. 30.

c. Des gebrochenen Arrestes.

Wenn sich der Schuldner dem Personalarreste entzieht, so kann ihn der Impetrant gerichtlich verfolgen lassen, und auf strengere Haft antragen [1]. Bei einer Verletzung des Realarrestes aber ist zu unterscheiden:

I. Wenn der Impetrat eine in gerichtliche Verwahrung gebrachte oder mit gerichtlichem Siegel belegte Sache wegschafft, so kann dieselbe nicht nur jedem Besitzer [2]) wieder

---

[3]) S. Ant. Schauß über die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetrirten Arrestes. Landshut 1821.

[4]) Arg. fr. 32. D. De injur. (47. 10.) Aber auch durch widerrechtliche Verweigerung des Arrestes kann sich der Richter einer Entschädigungsklage von Seite des Impetranten aussetzen. Wernher Obs. VII. obs. 220.

[5]) Denn der Arrestproceß, und der darauf folgende Hauptproceß stehen im Präjudicialverhältnisse zu dieser Gegenklage. S. Martin, Lehrb. §. 243.

[1]) Danz, Grds. der summ. Proc. §. 108.

[2]) Auch wenn er die Sache in gutem Glauben und titulo oneroso an sich gebracht hätte. Denn die Veräußerung ist eben so ungültig, wie die Veräußerung einer res litigiosa.

abgenommen, sondern auch gegen den Impetraten die geeignete Strafe verhängt werden. — Sollte die Sache nicht wieder zu erhalten, und auch kein anderes hinreichendes Arrestobject mehr vorhanden seyn, so muß sich der Impetrat auf Verlangen des Klägers dem Personalarreste unterwerfen. — Dasselbe findet

II. auch dann statt, wenn der Gegenstand des Arrestes zwar dem Schuldner in Händen gelassen wurde — aber mit dem Verbote der Veräußerung — und dieser doch eine Veräußerung vornahm.

III. Befand sich das Arrestobject in den Händen eines Dritten, und hat dieser das Veräußerungsverbot übertreten, so kann die Sache gleichfalls jedem Besitzer wieder abgefordert werden. — Kann man aber derselben nicht mehr habhaft werden — oder will sich der Impetrant der Mühe der Zurückforderung nicht unterziehen, so hat er auch das Recht, von demjenigen, welcher den Arrest gebrochen hat, Entschädigung zu fordern. — Wirklich angestellt kann aber freilich diese Entschädigungsklage erst dann werden, wenn der Impetrat in der Hauptsache rechtskräftig verurtheilt ist [3]), weil früher weder die Beschädigung selbst, noch die Größe des Schadens vollkommen gewiß ist [4]). — Ja selbst nach der rechtskräftigen Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache ist der Dritte nur zur Leistung dessen ver-

---

[3]) Sollte der Schuldner mittlerweile die Flucht ergriffen haben, so müßte gegen denselben die Hauptsache nach vorgängiger Edictalladung im Wege eines Contumacialprocesses verfolgt werden, wobei aber dem Dritten — welcher den Arrest gebrochen — die Befugniß nicht abgesprochen werden könnte, seines mittelbaren Interesse wegen für den Abwesenden zu interveniren.

[4]) Mev. Dec. IX. 177.

pflichtet, was der Kläger hätte erlangen können, wenn der Arrest nicht gebrochen worden wäre [5]).

---

§. 31.

6. Verfahren.

a. Im Allgemeinen.

Das Verfahren in Arrestsachen richtet sich nach dem Grade der vorhandenen Gefahr. Kann — ohne diese zu vergrößern, der Beklagte über das Arrestgesuch noch vernommen werden, so würde eine strengere Einschreitung nicht zu rechtfertigen seyn. Es kann daher unter dieser Voraussetzung die Sache nach den Regeln des regulär summarischen Processes verhandelt werden [1]). — Läßt sich mit Zuverlässigkeit erwarten, daß schon ein richterlicher Befehl hinreichen werde, um den Impetranten sicher zu stellen, so ist der unbedingte Mandatsproceß in Anwendung zu bringen [2]). — Nur dann, wenn zu besorgen steht, daß auch ein unbedingtes Mandat unwirksam bleiben dürfte, erscheint eine unmittelbare executive Einschreitung auf dem Wege des eigentlichen Arrestprocesses als nothwendig. — Ob übrigens in einem gegebenen Falle die Gefahr dringend genug sey, um zu diesem äußersten Mittel greifen zu dürfen, hat

---

[5]) Folglich nicht immer zur Bezahlung des vollen Betrages der Hauptschuld. Daß der Dritte nie zu mehr verpflichtet seyn könne, als der Hauptschuldner selbst, ist für sich klar. *Mev.* VI. 99. — S. noch *Pufendorf* T. II. obs. 21.

[1]) v. Gönner, Hdb. IV. Abh. 79. §. 16. nro. 3.

[2]) Denn periculum in mora ist ja auch ein Rechtfertigungsgrund dieser Proceßart.

der Richter nach den Umständen zu beurtheilen. Bei Sequestrationsanträgen wird diese Nothwendigkeit selten eintreten, desto öfter aber dann, wenn gegen flüchtige Schuldner, oder gegen Ausländer in dem oben angeführten Falle Arrest gesucht wird.

---

§. 32.

b. Von dem eigentlichen Arrestprocesse insbesondere.

aa. Arrestgesuch.

Wer um die gerichtliche Verhängung eines Arrestes bittet [1]) — was eben sowohl mündlich, als schriftlich geschehen kann — muß sogleich wenigstens bescheinigen, 1) daß ihm ein Anspruch an den Impetraten zusteht, und 2) daß eine so dringende Gefahr vorhanden ist, welche nur durch unmittelbare executive Einschreitung abgewandt werden kann. — Zugleich hat der Impetrant 3) ein geeignetes Arrestobject in Vorschlag zu bringen [2]), und um die der Beschaffenheit desselben angemessene richterliche Verfügung zu bitten. Das Maaß der erforderlichen Bescheinigung läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen [3]), sondern es muß dem Richter überlassen werden, mit Rücksicht auf die jedesmaligen Umstände zu beurtheilen, ob

---

[1]) Von Amtswegen darf der Richter nur dann einschreiten, wenn eine Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit zu besorgen ist. — S. C. G. O. v. 1555. Th. II., Tit. 21. §. 3. v. Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 79. §. 15.

[2]) Dabei sind die oben §. 22. angegebenen Grundsätze über die Wahl des Arrestobjects zu beobachten.

[3]) v. Gönner a. a. O. §. 14.

das von dem Kläger in dieser Hinsicht Beigebrachte genügen könne. Selbst eine bloße Cautionsleistung des Impetranten auf den Fall, wenn der Arrest nachher nicht sollte gerechtfertiget werden können, dürfte nicht unbedingt zu verwerfen seyn, da doch unstreitig ein solches Offert die Angaben desselben zuweilen nicht minder glaubwürdig machen kann, als andere Bescheinigungsmittel[4]. — Insofern der Streit über die Hauptsache nicht ohnehin schon anhängig ist, kann übrigens mit dem Arrestgesuche auch die Hauptklage cumulirt werden[5].

---

4) v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 240. nro. 2. — Mittermaier, der gem. deutsche Proc. Beitr. IV. S. 237 flg. — A. M. Süptiz, Lehrb. §. 21. nro. 5. — Linde, Lehrb. §. 350. not. 4. Schmid a. a. S. 143. not. 68.

5) In dem Arrestprocesse liegt immer auch der Keim zu einem andern Rechtsstreite. Wer nämlich um die Verhängung eines Arrestes bittet, muß sich jedesmal einen Anspruch zuschreiben, weil ohne einen solchen von einer Sicherstellung durch Arrest gar nicht die Rede seyn kann. Im Arrestprocesse braucht nun zwar dieser Anspruch vorläufig nur bescheiniget zu werden; allein in der Folge muß es doch noch zu einer vollständigen Erörterung desselben kommen, und das Verfahren, in welchem diese Erörterung stattfindet, nennt man den Hauptproceß. — Nicht selten ist zu der Zeit, wo für den Kläger Gefahr eintritt, der Hauptproceß bereits im Laufe, und dann bildet das Arrestgesuch einen Incidentpunkt. Wenn aber dieses der Fall nicht ist, so kann der Kläger entweder mit dem Arrestgesuche allein auftreten, oder die Hauptklage damit cumuliren, d. h. mit dem Gesuche um Verfügung des Arrestes auch die Bitte um Verurtheilung des Gegners in der Hauptsache verbinden. – Eine gleichzeitige Verhandlung beider Gegenstände in demselben Verfahren wird jedoch durch diese Cumulation keineswegs bewirkt.

§. 33.

bb. Richterliche Verfügung.

a. Wenn die Hauptklage mit dem Arrestgesuche nicht cumulirt wurde.

Wenn der Richter nach sorgfältiger Prüfung des Gesuches dasselbe statthaft findet, so wird nun ohne weiteres der erbetene Arrest wirklich verfügt, und dem Impetraten unter Mittheilung des Gesuches davon Nachricht gegeben, zugleich aber auch ein Termin zur Rechtfertigung des Arrestes angesetzt, wozu beide Theile und zwar der Impetrant bei Strafe der Aufhebung des Arrestes vorgeladen werden.

---

§. 34.

b. Wenn die Hauptklage mit dem Arrestgesuche cumulirt wurde.

Auf das Arrestgesuch wird in diesem Falle eben so verfügt wie im vorigen. — Die cumulirte Hauptklage aber wird in processualischer Hinsicht so behandelt, als wäre sie selbstständig angebracht worden [1]). — Eignet sich daher dieselbe zum ordentlichen Processe, so ist sie dem Beklagten wie gewöhnlich zur Vertheidigung mitzutheilen; hat aber der Kläger auf den Executivproceß angetragen, und ist gegen diesen Antrag nichts zu erinnern, so muß ein Productionstermin angesetzt werden, wozu am füglichsten derselbe Tag gewählt wird, an welchem auch

---

[1]) v. Grolman, Th. des ger. Verf. §. 241. ad II. not. 2. — Linde Lehr. §. 363. Nr. II, 1.

die Justification des Arrestes stattfinden soll. — Beide Processe — der Arrest- und der Hauptproceß — werden übrigens unabhängig von einander betrieben [2]), und äußern keinen wechselseitigen Einfluß, ausgenommen, daß 1) nach erfolgter rechtskräftiger Lossprechung des Beklagten in der Hauptsache jedenfalls [3]) die Aufhebung des Arrestes begehrt werden kann; und 2) daß der Beklagte in solchen Fällen, wo die Competenz des Gerichtes in der Hauptsache erst durch die Arrestverfügung begründet werden soll, — nicht schuldig ist sich auf die Hauptklage einzulassen, so lange er die Rechtmäßigkeit des Arrestes ansicht, und darüber noch nicht entschieden ist [4]).

---

[2]) Gensler, Comm. II. S. 55. Nro. 2, und Linde a. a. O. 2. glauben zwar, daß, wenn es an der nöthigen Bescheinigung oder an hoher Gefahr mangelt, die Arrest- und die Hauptsache so miteinander verbunden werden könnten, daß der Impetrat und Beklagte seine Vertheidigung gleichzeitig gegen beide Punkte, nach der in der Hauptsache zulässigen Proceßart, vollständig zu verhandeln hätte. — Allein auch abgesehen davon, daß in Ermanglung dringender Gefahr ohnehin der eigentliche Arrestproceß gar nicht statt findet (§. 31. oben und Linde selbst a. a. O. not. 4.), so eignet sich doch die Arrestsache, als ein provisorium, wenigstens zum regulär summarischen Processe (Linde, §. 334), während sich die Hauptsache zum ordentlichen Verfahren eignen kann. — Auch in diesem Falle scheint daher eine formelle Trennung beider Sachen den Vorzug zu verdienen. Mittermaier a. a. O. S. 244.

[3]) Denn durch Cautionsleistung kann auch früher schon die Aufhebung des Arrestes bewirkt werden.

[4]) v. Grolman a. a. O. §. 241. ad II.

§. 35.

cc. Verhandlung im Rechtfertigungs-termine.

Unter allen irregulär summarischen Proceßarten weicht unstreitig der Arrestproceß am weitesten von dem ordentlichen Verfahren ab. — Denn während im Mandatsprocesse auf die Klage doch gewissermaßen nur das Urtheil folgt, wird hier ohne Vertheidigung und Urtheil sogleich schon zur Execution geschritten. Dieser Sprung kann nur durch die dringende Gefahr gerechtfertiget werden, welche schlechthin keine Vernehmung des Beklagten mehr zuläßt. Ist aber diese Gefahr durch die Arrestverfügung abgewandt, so muß Dasjenige nachgeholt werden, was früher nicht geschehen konnte, und zu diesem Zwecke wird der Rechtfertigungstermin angesetzt.

Hieraus folgt, daß man diesen Termin viel passender Impugnations- als Justificationstermin nennen würde [1]). Denn die Vertheidigung des bisher noch gar nicht gehörten Impetraten ist es hauptsächlich, welche noch nachgeholt werden muß. Der Impetrant wird, — wenn er anders mit seinem Gesuche die erforderlichen Bescheinigungen beigebracht hat, — nichts anderes zuthun haben, als unter Beziehung hierauf um die Bestätigung des Arrestes zu bitten [2]). Die Behauptung, daß der Impetrant, wenn

---

1) Martin, Lehrb. 12te Aufl. §. 243. not b.

2) Einen vollständigen Beweis braucht der Impetrant hier, wo es bloß auf ein Provisorium abgesehen ist, nie zu liefern, nicht nur vor der Verhängung des Arrestes, sondern auch nachher im Justificationstermine nicht. — Dieser vollständige Beweis gehört in das Hauptverfahren. Mittermaier a. a. O. 244 und 245.

er die Hauptklage nicht schon mit dem Arrestgesuche cumulirt hätte, dieselbe in dem Justificationstermine anstellen müsse, und daß sodann über diese, so wie über den Arrest gleichzeitig verhandelt werden soll [3]), widerspricht nicht nur dem Grundsatze, daß Sachen, welche sich zu verschiedenen Proceßarten eignen, nicht in demselben Verfahren vermengt werden sollen [4]), sondern auch der Verhandlungsmaxime [5]).

---

§. 36.

Fortsetzung.

Von den Anfechtungsgründen, welche der Impetrat in diesem Termine vorbringt, werden hier nur diejenigen berücksichtigt, welche entweder 1) die allgemeinen, wesentlichen Erfordernisse eines jeden gerichtlichen Verfahrens betreffen [1]); oder welche 2) das Nichtvorhandenseyn der Bedingungen eines rechtmäßigen Arrestes, insbesondere den Mangel einer hinreichenden Gefahr zeigen [2]),

---

[3]) Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 134. — Süptitz, Lehrb. §. 27. Nr. 2. Zum Theil auch von Grolman, Theor. des ger. Verf. §. 241. ad II. und III.

[4]) S. oben §. 34. — Linde, Lehrb. §. 353. not. 3.

[5]) Denn, wenn der Impetrant mit seiner Hauptklage zu lange zurückbleibt, so kann der Impetrat ex l. Diffamari provociren. Es ist demnach kein Grund vorhanden, den Richter von Amtswegen für ihn sorgen zu lassen. Mittermaier a. a. O. S. 250. — A. M. ist rücksichtlich der Verhandlungs-Maxime Schmid a. a. O. S. 141. not. 64.

[1]) Z. B. die except. fori incomp. — defic. legit. und dgl.

[2]) Der bloße Widerspruch der von dem Kläger behaupteten und bereits bescheinigten Gefahr ist jedoch ohne Wirkung. Nur durch Gegenbescheinigung kann eine Aufhebung des

oder welche endlich 3) eine Beschwerde gegen die getroffene Wahl der Arrestart oder des Arrestobjects enthalten [3]). Hingegen das bloße Abläugnen der Hauptforderung, zu deren Sicherstellung der Arrest verhängt wurde, kommt, — wenn nur die nöthige Bescheinigung von Seite des Impetranten nicht fehlt, — eben so wenig in Betracht, als peremtorische Einreden gegen diese Forderung, es wäre denn, daß diese Einreden sogleich vollständig liquidirt würden [4]).

§. 37.

Fortsetzung.

Das weitere Verfahren hängt von der Beschaffenheit der vorgebrachten Anfechtungsgründe ab. — Erscheinen dieselben als sofort verwerflich, so wird der verfügte Arrest ohne weiters bestätiget. Außerdem wird entweder dem Impetranten aufgelegt etwas Fehlendes nachzubringen [1]), oder es wird das zur vollständigen Aufklärung des Richters nothwendige weitere Verfahren durch Replik, Duplik u. s. w. eingeleitet, und nach den Ergebnissen der ganzen Verhandlung bald der Arrest aufgehoben, bald bestätiget.

Arrestes bewirkt werden, wenn sie den Richter von dem Nichtdaseyn der Gefahr überzeugt.

[3]) S. oben §. 22.

[4]) Denn da schon im unbedingten Mandatsprocesse (ob periculum in mora) illiquide peremtorische Einreden dieser Art in das Verfahren über die Hauptsache verwiesen werden, so muß dieses im Arrestprocesse noch viel mehr geschehen. Mittermaier, S. 245 und 246. A. M. sind, weil sie den Haupt- und Arrestproceß vermischen, Claproth a. a. O. §. 134. und Süptiz, §. 27.

[1]) Z. B. die mangelnde Vollmacht.

Ein Beweisinterlocut in Beziehung auf die Arrestursache dürfte kaum zu rechtfertigen seyn, da der Impetrant nicht nur die nöthige Bescheinigung schon mit dem Gesuche verbinden mußte, sondern auch im Justificationstermine noch Gelegenheit hatte dieselbe zu verstärken[2]. — Wenn eine ordnungswidrige Wahl des Arrestobjects nachgewiesen wird, so muß wegen der Uebertragung des Arrestes das Geeignete verfügt werden. — Die Aufhebung des Arrestes (relaxatio arr.) aus Gründen, welche dem Impetranten zur Last fallen[3], hat immer auch die Verurtheilung desselben in die Kosten zur Folge. — Gegen die Bestätigung sowohl, als gegen die Aufhebung des Arrestes finden übrigens Rechtsmittel statt. Indessen bleibt auch in dem letzten Falle der Arrest so lange hängen, bis die Aufhebung rechtskräftig bestätiget ist[4].

§. 38.

7. Wiederaufhebung des Arrestes.

Der einmal verhängte Arrest kann nicht nur durch ein richterliches Decret in Folge der von dem Impetraten

[2]) Gensler Comment. II. S. 53 a. E. — Linde Lehrb. §. 352. not. 8. — Mittermaier S. 245. — A. M. Martin §. 243. not. i. — Heffter, Inst. S. 430. Nro. 7.

[3]) Wenn sich der Impetrat durch Caution von dem Arreste frei macht, gilt dieses nicht. R. A. v. 1594. §. 87.

[4]) Vergl. v. Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 24 und 25. — Danz, Grds. §. 109. Gegen die erste Arrestverfügung, welche unmittelbar auf das Gesuch erfolgt, ist der Gebrauch der Appellation, oder eines anderen Rechtsmittels nicht nothwendig, weil der Schuldner im Impugnationstermine ohnehin Gelegenheit erhält den Arrest anzufechten. Martin §. 243. not. e.

dagegen vorgebrachten Einreden[1]) — sondern auch zur Strafe des Ungehorsams aufgehoben werden, wenn nämlich der Impetrant im Justificationstermine ausbleibt[2]). — Außerdem steht es dem Impetraten zu jeder Zeit frei[3]), die Aufhebung des Arrestes durch Leistung einer hinreichenden Realcaution[4]) zu bewirken. — Diese Realcaution muß jedoch in solchen Fällen, wo sich der Werth des Arrestobjects an sich[5]), oder wegen des individuellen Interesse des Impetraten nicht schätzen läßt, für den ganzen Betrag der gesicherten Forderung in Haupt- und Nebensache geleistet werden. — Außerdem wird sich der Impetrant begnügen müssen, wenn ihm für eine dem Schätzungswerthe des Arrestobjects gleichkommende Summe

---

[1]) S. den vorigen §.

[2]) S. §. 33. Wenn jedoch der Impetrant sein Arrestgesuch schon anfänglich hinreichend justificirt hatte, und der Impetrat keine genügende Einwendung dagegen vorzubringen vermochte, so kann von einer Aufhebung des Arrestes die Rede nicht seyn. — Schmid, Hdb. III. Thl. S. 144 not. 76.

[3]) Nicht nur im Justificationstermine, sondern auch noch nach erfolgter Bestätigung des angelegten Arrestes. Mittermaier. S. 247.

[4]) Eine bloß promissorische, oder auch juratorische Caution ist der Impetrant nicht schuldig sich gefallen zu lassen. — Nur auf eine Caution durch Bürgen oder Pfänder muß er sich einlassen; aber auch hier muß es ihm gestattet werden, Einwendungen gegen die Tüchtigkeit der Bürgen, oder gegen die Sufficienz der angebotenen Hypotheken vorzubringen. — Der Satz, daß Caution von dem Arreste befreit, ist übrigens schon in den deutschen Reichsgesetzen anerkannt. S. A. v. 1570. §. 84. — R. D. A. v. 1600. §. 48.

[5]) Z. B. beim Personalarreste.

Sicherheit geleistet wird[6]). Sollte aber der Schätzungswerth der mit Arrest belegten Sache den Betrag der Forderung in Haupt- und Nebensache übersteigen, so würde schon eine Sicherheitsleistung für diesen Betrag als hinreichend anerkannt werden müssen[7]). — Wenn von den bisher angeführten Aufhebungsgründen keiner eintritt, so dauert der Arrest so lange fort, bis entweder der Impetrat in der Hauptsache rechtskräftig losgesprochen, oder der Impetrant vollständig befriedigt, — oder endlich dem letzteren in Folge einer vernachlässigten Provocation zur Anstellung der Hauptklage perpetuum silentium aufgelegt ist[8]).

---

§. 39.

Anhang.

Ueber den Ursprung und die Ausbildung des Arrestprocesses.

Insofern man unter Arrest überhaupt jede Beschränkung der Dispositionsfreiheit des Schuldners über sein Vermögen zur Sicherstellung des Gläubigers versteht, ohne Rücksicht auf die Form, in welcher diese Beschränkung verfügt wird, war derselbe allerdings schon dem römischen Rechte bekannt[1]). Aus einer Stelle der Pandekten

---

6) Mev. 4. dec. 399. — Denn die Caution ist nur Surrogat des Arrestes.

7) Denn mehr zu fordern, wäre offenbar eine zwecklose Belästigung des Impetraten.

8) S. oben §. 35. not. 5.

1) Fr 7. §. ult. D. 2. 8. (Qui satisdare cog.) und Fr. 22. §. 8. D. 24. 3. (Solut. matrim.) Auch die missio in posses-

sehen wir sogar, daß es nicht mißbilliget wurde, wenn ein Gläubiger seinen flüchtigen Schuldner verfolgte, denselben anhielt und ihm eigenmächtig etwas abnahm [2]. — Das bestimmt summarische Verfahren aber, welches wir heutzutage unter dem Namen „Arrestproceß" kennen, und welches bisher dargestellt wurde, war dem Röm. Rechte gewiß fremd [3]. Dasselbe ist vielmehr deutschen Ursprungs und scheint an die Stelle der in früherer Zeit so gewöhnlichen eigenmächtigen Pfändungen getreten zu seyn [4]. — Die Ausbildung dieser Proceßart ist übrigens größtentheils dem Gerichtsgebrauche zuzuschreiben [5]. Denn die Bestimmungen, welche in den d. Reichsgesetzen über den Arrest vorkommen, beschränken sich nur darauf, daß eigenmächtig angelegte Arreste unstatthaft seyen; — daß selbst dann, wenn ein Reichsunmittelbarer gegen einen Andern einen Arrest verhängt hätte, derselbe praestita cautione aufgehoben werden soll, und daß, — wenn die Aufhebung des Arrestes dessen ungeachtet verweigert würde, — bei dem Kammer-Gerichte mandata sine clau-

---

sionem gehört zum Theile hierher. Die Bemerkung von A. H. Quentin, im Arch. für civ. Prax. Bd. XXIII. S. 243. not. 7. gegen die oben aufgestellte Ansicht beruht wohl auf einem Mißverstande.

2) Fr. 10. §. 16. D. 42. 8. (Quae in fraud. cred.) — *Cujac*. Obs. lib. XIX. obs. 16.

3) Man führt wohl als ausdrückliche Stellen gegen die Zulässigkeit eines Arrestverfahrens an: c. un. C. 4. 4. (De prohib. sequestr.) und c. 1. C. 7. 53. (De execut. rei. judic.) Allein diese Stellen enthalten doch eigentlich nicht mehr als die Vorschrift, daß in der Regel vor dem Urtheile keine executive Einschreitung stattfinden dürfe.

4) Heffter, Inst. S. 426. Nro. 3. Mittermaier a. a. O. S. 223 flg.

5) v. Glück, Comm. VI. S. 331. not. 25.

sula de relax. arrest. mit Verweisung der Hauptsache an das ordentliche Gericht (die Austräge) impetrirt werden könnten[6].

---

§. 40.

C. Executivproceß.

1. Eigenthümlichkeit dieser Proceßart.

Den allgemeinen Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens gemäß soll dem Beklagten vor der Verurtheilung und Execution immer Gelegenheit zur vollständigen Vertheidigung gegeben werden, selbst dann wenn der Kläger für die Richtigkeit seines Anspruches sogleich bei der Anstellung der Klage schon einen hinreichenden Urkundenbeweis beigebracht hätte. In den Ländern des gemeinen Rechts hat sich jedoch für den so eben bezeichneten Fall der Grundsatz gebildet, daß der Beklagte auf Verlangen des Klägers nur über die Aechtheit der vorgelegten Urkunden vernommen, und, wenn er dieselbe nicht zu widersprechen vermöchte, ohne weiteres zu Befriedigung des Klägers verurtheilt, mit seinen peremtorischen Einreden aber zur besonderen Ausführung (ad separatum) verwiesen werden soll, insofern er dieselben nicht eben so

---

[6]) R. A. v. 1570. §. 34. — R. A. v. 1594. §. 82. 83. — R. D. A. v. 1600. §. 48. — Conc. der C. G. O. Thl. II. Tit. 24. — J. R. A. §. 139. Danz, Reichsgchtspr. §. 280. — Heffter, Inst. a. a. O. — Mittermaier a. a. O. S. 225. Vergl. noch Dr. Ad. Aug. Friedr. Rudorff, Grundr. zu Vorl. über den gem. und preußischen Civilpr. Berlin 1837. §. 72. S. 155.

schnell durch Urkunden beweisen könnte, wie der Kläger seine Klage.

Auf diesem Grundsatze beruht der Executivproceß, welcher daher in seiner jetzigen Gestalt mit dem Executionsverfahren nicht zu verwechseln ist[1]).

Die Eigenthümlichkeit dieser Proceßart liegt darin, daß 1) der Kläger seinen Anspruch durch Urkunden beweisen, und diesen Beweis schon mit dem Vortrage seiner Klage verbinden muß; 2) daß unmittelbar nach der Klage das Beweisverfahren eingeleitet, und 3) jede peremtorische Einrede des Beklagten, die nicht liquid oder schnell zu liquidiren ist, zur besondern Ausführung verwiesen wird. — Der Executivproceß weicht daher von dem ordentlichen Verfahren zwar nicht so weit ab, wie der Arrest[2]), und der unbedingte Mandatsproceß[3]), aber doch weiter als das Verfahren, welches durch ein bedingtes Mandat eingeleitet wird[4]). — Dagegen ist es auch leichter den Executivproceß zu begründen, als ein mand. sine claus. de solvendo zu erwirken, weil zu dem letzteren öffentliche Urkunden erfordert werden, während dort auch Privaturkunden schon hinreichen. Daß bei dem Vorhandenseyn aller Erfordernisse dieser Proceßart auch um ein bedingtes Mandat gebeten werden

---

[1]) Denn das Executionsverfahren setzt schon ein rechtskräftiges Urtheil voraus, der Executivproceß führt erst zu einem Urtheile, nur auf einem kürzeren Wege als der ordentliche.

[2]) Denn im Arrestprocesse folgt unmittelbar auf die Klage schon eine executive Einschreitung.

[3]) Denn hier schließt sich gewissermaßen das Urtheil an die Klage an.

[4]) Ein bedingtes Mandat entzieht dem Beklagten nichts an seiner Vertheidigung, wohl aber der Executivproceß.

kann, ist keinem Zweifel unterworfen[5]); allein bei den überwiegenden Vortheilen des Executivprocesses wird wohl kaum ein Gläubiger diese Wahl treffen.

§. 41.

2. Ursprung und Ausbildung des Executivprocesses.

Spuren eines schnelleren Verfahrens bei Klagen aus schriftlichen Schuldbekenntnissen finden sich schon im Röm. Rechte[1]). Aber der jetzt übliche Executivproceß war den Römern gewiß unbekannt. Gleichwohl wurde das Röm. Recht dazu benützt, diesem Verfahren eine gemeinrechtliche Grundlage zu verschaffen. Die neuesten historischen Untersuchungen[2]) über diesen Gegenstand liefern nämlich

[5]) Um ein mand. cum. cl. zu erhalten, reicht eine bloße Bescheinigung schon hin. Urkunden aber, wie sie der Executivproceß voraussetzt, liefern vollen Beweis, sobald nur die Aechtheit derselben anerkannt ist.

[1]) c. 6. C. Th. 2. 4. (De denunciat.) Die alten legis actiones per manus injectionem und pignoris capionem könnte man zwar auch insofern einen Executivproceß nennen, als hier das Verfahren durch Executionshandlungen eröffnet wurde. — Mühlenbruch, Entw. §. 568. Allein mit unserem Executivprocesse haben sie weder in Ansehung der Voraussetzungen, noch des Verfahrens eine Aehnlichkeit, und könnten eher mit den deutschen Pfändungen verglichen werden. — Hugo, R. G. 10te Aufl. S. 279.

[2]) Dr. Ad. Aug. Friedr. Rudorff, Grundriß zu Vorl. über den gem. und preuß. Civilproceß. Berlin 1837. S. 156. §. 73. — Dr. Hans Karl Briegleb, über executorische Urkunden und Executivproceß. Nürnberg 1839. 2 Theile. (Von diesem Werke ist bereits die zweite Auf-

folgende Resultate. Vor der Aufnahme und Verbreitung des Röm. Rechts bestand bei allen germanischen Völkerschaften das Recht der Selbsthülfe (eigenmächtige Pfändung), dessen sich der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner wegen unzweifelhafter Schuldforderungen bedienen durfte. Da dieser Zustand mit den Bestimmungen des Röm. Rechts in offenbarem Widerspruche stand, so konnte es nicht fehlen, daß das letztere, als es in der Folge mehr Ansehen gewonnen hatte, auch auf jenen Theil des germanischen Rechts einen Einfluß übte, welcher um so weniger Widerstand fand, je fühlbarer das Bedürfniß geworden war, den zahlreichen und schreienden Mißbräuchen Einhalt zu thun, welche bei der Ausübung der eigenmächtigen Pfändungen allenthalben vorkamen. — Eine gänzliche Gleichstellung der Behandlung klarer Schuldsachen mit der Behandlung anderer Streitgegenstände wurde zwar nicht versucht und würde auch bei der immer noch im Volke fortlebenden Idee des bisherigen Rechtes nicht gelungen seyn. Allein es sollte doch dem Verfahren des Gläubigers gegen den Schuldner eine rechtliche Form gegeben, und eigenmächtige Willkür des ersteren abgehalten werden. Da man zu diesem Zwecke kein bereits fertiges Mittel in den recipirten Quellen des Röm. Rechts vorfand, so suchte man wenigstens einen Anhaltspunkt in denselben, welcher dazu tauglich schien,

---

lage erschienen.) — Mittermaier, der gem. d. Proceß. Beitr. IV. 2te Aufl S. 154. flg. — Vgl. Eichhorn, D. St. und R. G. III. §. 463. nro. 1. — Heffter, Instit. S. 432. nro. 10. — Mühlenbruch, Entw. §. 568. — Bei der oben gegebenen Darstellung ist vorzugsweise das sowohl durch Gründlichkeit der Untersuchung, als durch Eleganz des Vortrages ausgezeichnete Werk von Briegleb benützt worden.

ein Institut der gewünschten Art zu begründen. Der erste Versuch wurde schon im 12ten und 13ten Jahrhundert von italienischen Juristen gemacht, welche jenen Anhaltspunkt in der bekannten Regel des Röm. Rechts erblickten: confessus in jure pro judicato habetur. Die Einrichtung, welche sich aus diesem Grundsatze zur Erreichung des angegebenen Zweckes entwickelte, war im Wesentlichen folgende: der Gläubiger erschien mit seinem Schuldner vor Gericht, erklärte sich hier über seine Forderung und ließ sofort den Schuldner durch den Richter über die Wahrheit seiner Behauptung befragen. Gestand nun der Befragte seine Schuld, so ward in Gemäßheit der angeführten Regel des Röm. Rechts ein weiterer Proceß und ein richterliches Urtheil für überflüssig gehalten, und es erfolgte der Zahlungsbefehl, an welchen sich nöthigenfalls die Execution anschloß[3]. — Um der Verweigerung eines solchen Geständnisses vorzubeugen, wurde es übrigens sehr bald schon üblich, daß sich der Schuldner schon bei der Eingehung des Vertrages und bei der Errichtung der Urkunde hierüber durch den Notar durch ein eigenes Pactum bei Vermeidung einer Conventionalstrafe dazu verpflichtete, jene confessio vor Gericht abzulegen, und dadurch den Zahlungsbefehl zu veranlassen. — In dieser Einrichtung, — also in einer künstlich veranstalteten confessio in jure, welche nach Röm. Rechte einem Urtheile gleichgalt, und daher den unmittelbaren Weg zur Execution bahnte, — lagen die ersten Anfänge des Executivprocesses. Allein in der Folge erlitt dieses neue Institut, welches auch von den geistlichen Gerichten aufgenommen wurde, theils durch die Praxis, theils

[3]) Daher auch die Benennung „Executivproceß". Briegleb a. a. O. Th. I. S. 129 und 130.

durch Statuten italienischer Städte mancherlei Abänderungen, durch welche es sich von der aus dem Röm. Rechte hergeholten ursprünglichen Grundlage immer weiter entfernte. Schon sehr bald fiel nämlich a) das interrogatorische Verfahren vor dem ordentlichen Richter gänzlich hinweg; die confessio wurde bloß vor dem Notar abgelegt, welcher die Schuldurkunde ausfertigte, und welcher nun auch selbst den Zahlungsbefehl[4]) der Urkunde einverleibte[5]). — Späterhin wurde b) das Recht der paraten Execution beinahe in allen Statuten auf alle öffentlichen Urkunden ausgedehnt, wenn sie auch jenes praeceptum de solvendo nicht enthielten; ja zuletzt räumte man c) diese Begünstigung sogar bloßen Privaturkunden ein, wenn sie von dem Schuldner recognoscirt wurden[6]). Nach diesen Ausdehnungen, welche sämmtlich im 15ten Jahrhundert schon eingetreten waren, blieb zur

---

[4]) Dieser Befehl heißt bei den italienischen Schriftstellern *praeceptum guarentigiae*, und die mit demselben versehenen Urkunden wurden instrumenta guarentigiata im eigentlichen Sinne genannt. Briegleb, Th. I. S. 100 und 101. Ueber die Etymologie des Wortes guarentigia ebendortſ. S. 58 bis 62. Instrumentum guarent. bedeutet darnach eine wohlbefestigte Urkunde, welche vorzügliche Sicherheit gewährt.

[5]) Um jedoch durch diese Veränderung den Zusammenhang des Instituts mit dem Grundsatze der confessio in jure nicht zu unterbrechen, wurde den Notarien eine Art von Richteramt beigelegt. Daher heißen sie auch judices chartularii. Briegleb, Th. I. S. 101. flg.

[6]) Bei der allgemein verbreiteten Sitte, sich des Notariats zu bedienen, kamen jedoch executorische Privaturkunden ungleich seltner vor. Nur die Urkunden von Kaufleuten und Wechslern, welchen gleichfalls executorische Kraft beigelegt wurde, waren in frequenterem Gebrauche. Briegleb, S. 119 flg.

Rechtfertigung der paraten Execution nichts anderes mehr übrig als das allgemeine Princip einer confessio des Schuldners, gleichviel ob dieselbe gerichtlich oder außergerichtlich abgelegt war. Daß die Urkunde außerdem auch noch eine vertragsmäßige Unterwerfung des Schuldners unter die parate Execution enthielt, war nicht nothwendig [7].

---

§. 42.

Fortsetzung.

In Deutschland [1]) dauerte das Recht der eigenmächtigen Pfändung noch lange fort, nachdem sich bereits in Italien das Institut der executorischen Urkunden vollständig ausgebildet hatte. Noch in der Mitte des 15ten Jahrhunderts ward es dem Gläubiger, welcher „kundliche und unlogenbare" Schuldforderungen an Jemanden zu machen hatte, und darüber Bürgen „oder Brieve" besaß, ausdrücklich gestattet, in gewissen Formen Selbsthülfe auszuüben [2]), und zu noch größerer Sicherheit des Gläubigers wurde ihm häufig das Recht der Selbst-

---

[7]) Theoretisch war es zwar allerdings anerkannt, daß das Recht der paraten Execution auch durch vertragsmäßige Uebereinkunft begründet werden könne (Briegleb, S. 118 not. 2); allein daß eine Urkunde, welche weder im eigentlichen Sinne guarentigiirt, noch mit der Executivclausel versehen war, deßhalb zur Begründung des Executivprocesses unbrauchbar seyn sollte, ist nicht bestimmt.

[1]) Ueber Spanien und Frankreich s. Briegleb a. a. O. Thl. I. S. 232 bis 322.

[2]) Reform. K. Friedr. III. v. 1442 §. 2—5. In der neuen Sammlung der Reichsabschiede. I. S. 171.

hülfe in dem Schuldbriefe durch besondere Clauseln[3]) eingeräumt. Als jedoch durch den Landfrieden von 1495[4]) die Gültigkeit solcher Verträge aufgehoben wurde, war auch in Deutschland den Einrichtungen, welche in den Romanischen Ländern schon einheimisch geworden waren, der Eingang geöffnet[5]). Indessen gestaltete sich das Neue nicht überall auf dieselbe Art, was um so weniger befremden kann, als ja dazumal auch in den Romanischen Ländern die Ansichten der Juristen, die Localstatuten und die Gewohnheiten der Gerichte über die executorischen Urkunden in mancherlei Beziehungen von einander abwichen[6]). Das Institut der guarentigia im eigentlichen und engeren Sinne des Wortes[7]) hat in Deutschland keinen bleibenden Eingang gefunden, weil man die dabei vorauszusetzende richterliche Gewalt der Notarien nicht für gemeinrechtlich begründet hielt[8]). — Hingegen die, —

---

[3]) Mittermaier, der gem. d. Proc. Beitr. IV. 2te Aufl. S. 193 not. 13, wo Urkunden mit solchen Clauseln von den Jahren 1370, 1373 und selbst noch von 1508 citirt werden.

[4]) §. 9. (In Bergmanns corp. jur. judic. S. 10.) Ueber das pactum obstagii und dessen Aufhebung *Petr. Friderus* Mindan. De mandatis et monitoriis etc. c. LXXI. §. 9.

[5]) Allerdings ist daher der Executivproceß nicht als ein Ueberbleibsel der verdrängten einheimischen Rechte zu betrachten (Briegleb, S 327); allein er ist doch an die Stelle eines verdrängten einheimischen Rechtes (der Selbstpfändung) getreten. (Ebenders. S. 339).

[6]) Briegleb, S. 123 und 124. Auch die spanische und die französische Praxis bot in dieser Hinsicht Varietäten dar.

[7]) S. oben §. 41. not. 4.

[8]) *Matth. Colerus* de process. executiv. Francof. 1651. Fol. P. I. c. 3. nro. 20. sq. „Illa statuta vel consuetudines, quod videlicet instrumenta guarentigiata mereantur paratam exe-

zwar auch schon von italienischen Juristen vertheidigte [9]), aber in der dortigen Praxis wenig beachtete [10]) Idee der rechtlichen Begründung der paraten Execution durch vertragsmäßige Uebereinkunft der Contrahenten (Executivclausel) fand um so bereitwilligere Aufnahme, als man dieselbe einerseits durch ausdrückliche Stellen des Röm. Rechts unterstützen zu können glaubte [11]), und andrerseits der Gebrauch solcher Clauseln schon bisher in Bezug auf die eigenmächtige Pfändung sehr häufig

---

cutionem, ut sententiae, regulariter nonnisi apud Tuscos et Italos sunt usitata, *ac cum dispositione juris communis pugnant* . . . . . Ex quo itaque *nostri temporis et loci tabellionibus nulla potestas judicialis competit, ideo nec praeceptum illud facere possunt.* — *Petr. Heigii* quaest. jur. P. II. qu. 7. nro. 21 et 22. — Von solchen guarentigiirten Urkunden aber, welche ein gerichtliches praeceptum de solvendo enthielten, finden sich allerdings bestimmte Spuren z. B. in den gedruckten Vorlesungen von Ulrich Zase (bei Briegleb S. 336) und in gedruckten Formularien aus dem 16ten Jahrhundert (bei Briegleb, S. 343 bis 346). Nach dem Zeugnisse von Roding (Pandect. jur. cameral. lib. I. Tit. 12. §. 116) war selbst bei dem Reichskammergerichte vor dem Deput. Abschiede von 1600 eine ähnliche Form der guarentigia bekannt und in Uebung.

9) *Paul de Castro* ad l. 71. De condition. et demonstr. (bei Briegleb Th. II. S. 176 oben). — Anton de *Canario* de execut. instrum. (bei Briegleb Th. II. S. 199 und 200. nro. 68).

10) Auch Briegleb. Thl. I. S. 119. not. 3. vermuthet nur, daß bei Privaturkunden anfangs die Voraussetzung galt, daß das zu exequirende Document das pactum paratae executionis enthalte. S. oben §. 41. not 7.

11) Insbesondere berief man sich auf c. 3. C. 8. 14. (De pignorib. et hypoth.) *Colerus,* l. c. p. I. c. 5. — *Friderus,* l. c. cap LXXI. §. 2. — *Heigius,* l. c. II. qu. 7. nro. 41.

in Uebung war[12]). Insbesondere war es die Clausel „mit oder ohne Recht," welcher in dieser Hinsicht vorzügliches Gewicht beigelegt wurde[13]). Für das Princip der vertragsmäßigen Begründung entschied sich auch am Anfange des 17ten Jahrhunderts die deutsche Reichsgesetzgebung[14]), indem sie die Zulässigkeit unclausulirter Mandate de solvendo bei dem Reichskammergerichte von dem Umstande abhängig machte, daß in der Schuldverschreibung[15]) die Executivclausel enthalten seyn mußte[16]). — In einzelnen deutschen Ländern folgte man jedoch nicht dieser strengeren Ansicht, sondern räumte, wie die spätere italienische Praxis — ungeachtet der Einsprüche der Doctrin gegen die gemeinrechtliche Gültigkeit dieser Gewohnheit[17]), allen Schuldurkunden, privaten

---

12) S. oben not. 3. zu diesem §.

13) *Rodingi* Pand. jur. cameral. lib. I. Tit. 12. §. 85. sq. Daß gerade diese Ausdrücke gebraucht wurden, war zwar nicht nothwendig; allein es mußten doch verba aequipollentia seyn. Wenigstens wurde bei dem Reichskammergerichte darauf gehalten. Roding l. c. §. 104. 105. — Briegleb, I. S. 362.

14) Dep. Absch. v. 1600. §. 30 bis 34.

15) Vor dem D. A. von 1600 wurden zwar mandata s. cl. de solvendo auch auf bloße Privatschuldverschreibungen erlassen, wie sich aus mehrern von Frider (lib. II. c. 70. §. 8.) angeführten Präjudicien ergibt. Allein das genannte Reichsgesetz (§. 34) beschränkte den Gebrauch unbedingter Mandate auf den Fall öffentlicher Urkunden. — *Rodingi* P. J. C. lib. I. Tit. XII. §. 111 bis 115.

16) Auch die Nothwendigkeit der Executivclausel war vor 1600 bei dem Reichskammergerichte nicht unbedingt anerkannt. *Friderus*, l. c. §. 8.

17) Nur Frider bemühte sich, diese Gewohnheit als eine dem gemeinen Rechte entsprechende darzustellen (lib. II. c. 70); ganz entschieden trat ihm aber entgegen *Heigius* in quaest. II.

wie öffentlichen, auch ohne Executivclausel, den Vorzug ein, daß der Schuldner nach erfolgter Anerkennung der Urkunde sofort zur Zahlung angehalten und mit gewissen Einreden zur Nachklage verwiesen werden soll. Den bedeutendsten Einfluß auf die Verbreitung dieser Ansicht sowohl in der Doctrin als in der Praxis hatte gewiß das Sächsische Recht [18]). In den deutschen Reichsgesetzen ist diese Einrichtung zwar nie genauer geregelt, aber doch, insbesondere in Bezug auf Wechsel- und Handelssachen ausdrücklich anerkannt und im Allgemeinen bestätiget worden [19]). Durch die Doctrin [20]), welcher

---

qu. 7. nro. 7 bis 20. — Auch *Colerus* hatte sich schon vor Frider für die entgegengesetzte Ansicht erklärt I. l. c. 3. nro. 58. sq. — S. noch *Lauterbach*, Colleg. l. 22. Tit 4. §. 45 und 46.

[18]) Kursächs. Landesordnung vom 1 Oct. 1555. Abgedr. bei Briegleb l. S. 348 flg. — Ueber die Verbreitung des in dieser Verordnung enthaltenen Grundsatzes s. Briegleb, S. 353 flg. bes. not. 21. Auch Lauterbach a. a O. §. 46.

[19]) Instrum. pac. Osn. IV. §. 47. — J. R. A. §. 107 und 174. — R. S. v. 1670 bei Bergmannn S. 468. — Der jetzt übliche Executivproceß — wenn man denselben von dem unbedingten Mandatsprocesse im Falle öffentlicher Schuldschverschreibungen unterscheidet — hat sich daher mehr durch den Gerichtsgebrauch und durch Landesgesetze ausgebildet, als durch ausdrückliches gemeines Recht. Martin, Lehrb. §. 250.

[20]) In der kursächs. Landesordnung von 1555 selbst kommt von dem Erfordernisse, daß alle wesentlichen Momente sogleich durch Urkunden klar bestimmt seyn müßten, ausdrücklich noch nichts vor. Allein schon Carpzov, (Resp. l. 4 resp. 9) bezeichnet als instrumenta liquida nur solche, ex quibus apparet, quid, quale, quantum, cui, a quo et ex qua causa debeatur; und alle späteren Schriftsteller folgen ihm hierin. —

nachher auch einzelne Landesgesetzgebungen folgten [21]), erhielt übrigens das Princip, daß schriftliche Schuldbekenntnisse den Executivproceß begründen sollen, noch den beschränkenden Zusatz, daß die Urkunde die Liquidität der Schuld in allen Beziehungen sofort außer Zweifel setzen müsse.

---

de Berger, Electa proc. execut. §. IX. Kori, über den Executivproceß. §. 9. — Zur Unterstützung dieser Ansicht hätte man sich zum Theil selbst auf die Autorität des Bartolus ad l. 25. D. 9. 2. (ad legem Aquil.) berufen können. (Briegleb II. Thl. S. 122).

[21]) Z. B. der Cod. jud. Bavar. v. 1753 c. 3 §. 3. nro. 5. Ueber spätere sächsische Gesetze hierüber s. *de Berger*, l. c. §. IX. addit. — Das Erforderniß vollständiger Liquidität bei dem modernen deutschen Executivprocesse gibt diesem übrigens eher einen Vorzug vor dem entarteten Executivprocesse der spätern italienischen Praxis, als daß es getadelt zu werden verdiente. Ueberhaupt trifft der Tadel wegen der Abweichung von der ursprünglichen Grundlage, mit Ausnahme der unpassenden Beibehaltung des Wortes instrum. guarentigiatum, zuerst die italienischen, und nicht die deutschen Juristen. Ob endlich durch die Wiederherstellung der executorischen Urkunden in ihrer ursprünglichen Gestalt (Vgl. Friedr. Freih. von Podewils, über die Vortheile 1) des gesetzl. Princips der Beweisverbindung u. s. w. und 2) des Institutes der executorischen Urkunden. München 1837) wirklich alle Verzögerungen der Rechtshülfe, welche man dem modernen Executivprocesse zum Vorwurfe macht, beseitiget werden würden, ist sehr zu bezweifeln, wenn man bedenkt welche Einreden man auch nach dem ursprünglichen Princip der guarentigia zugelassen hat (Briegleb I. S. 148 — 155) und zulassen mußte, wenn man nicht offenbares materielles Unrecht begehen wollte.

§. 42. a.

3. Von den Geschäften, aus welchen *executive* geklagt werden kann.

Einige Proceßlehrer lassen den Executivproceß jedesmal zu, so oft der Kläger seinen Anspruch sogleich durch Urkunden zu beweisen vermag, ohne Rücksicht auf den Grund, oder auf das Object der Klage [1]. Andere beschränken ihn bloß auf solche Klagen, welche auf Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten gerichtet sind [2]. Wenn man jedoch erwägt, daß die executorischen Urkunden ursprünglich immer ein persönliches Versprechen des Schuldners enthielten [3], und daß man durch das spätere Fallenlassen der clausula guarentig. und paratae executionis an den materiellen Voraussetzungen der Urkunde nichts ändern wollte; ferner, daß selbst die kursächsische Landesordnung ihre Vorschrift durch die Rücksicht auf „Treu und Glaube", auf schriftliche „Bewilligung und Zusage" motivirt; endlich daß der J. R. A. §. 107 von Aufrechthaltung und Beförderung des „Credits" Erwähnung thut: so ist gewiß die richtige Ansicht die, daß sich nur solche Klagen zu dem Executivprocesse eignen, welche auf Erfüllung eines Vertrages, oder persönlichen Versprechens des Schuldners abzielen [4]. Ausgeschlossen ist daher diese

[1]) Schmid, Hdb. III. Thl. S. 176. Für diese Ansicht sind vorzüglich die sächsischen Juristen. — Kori, über den Executivproceß 2te Aufl. §. 6 und die dort angeführten.

[2]) Martin, Lehrb. §. 250. not. b. — Thibaut, Syst. Bd. III. §. 1212. (5te Aufl.) — v. Grolman, Theor. §. 243. nro. I. —

[3]) Briegleb S. 136. Thl. I.

[4]) Noch mehr beschränken den Executivproceß: Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 160. — Gensler, Comment. II. §. 65. — Heffter, Inst. S. 433. nro. 12. Linde, §. 360.

Proceßart a) bei allen dinglichen und possessorischen Klagen [5]; b) bei den s. g. Präjudicialklagen, und c) in allen Fällen, wo zunächst ex delicto geklagt wird [6]. Auch die actio ex testam. auf Entrichtung eines Legats eignet sich nicht zum Executivprocesse [7]. Auf den Gegenstand der Leistung [8], sowie auf die Beschaffenheit des vorausgehenden Geschäftes, in Folge dessen der Verpflichtete das schriftliche Schuldbekenntniß ausstellte [9], kommt jedoch nichts an.

— Ad. Friedr. Gett, der Executivproceß u. s. w. Nürnberg 1841. §. 6. Dieser Ansicht folgte früher auch der Verfasser des gegenwärtigen Lehrbuches. — Uebrigens muß der Richter allerdings darauf sehen, welche Meinung durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch in dem Lande anerkannt ist, in welchem er Recht sprechen soll. — Mittermaier, der gem. d. Pr. Beitr. IV. 2te Aufl. S. 171.

5) Das Verfahren, welches bei dem remed. ex. l. ult. Cod. De edicto D. Hadriani tollendo stattfindet, hat zwar Aehnlichkeit mit dem Executivprocesse, ist aber doch keineswegs eine Art desselben. — Briegleb, I. S. 136. not. 8.

6) Bei Klagen ex delicto, sowie auch bei dinglichen Klagen würde übrigens ohnehin der hier erforderliche vollständige Urkundenbeweis nicht leicht geliefert werden können.

7) *Hommel,* rhaps. obs. 4. — S. jedoch Mittermaier a. a. O. S. 172. not. 63.

8) Briegleb, I. S. 136. — Abweichende Meinungen s. bei den oben not. 4 angeführten Schriftstellern.

9) Auch bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen ist der Executivproceß zulässig, und zwar, ohne daß der Kläger die von seiner Seite geschehene Erfüllung des Vertrages schon sogleich mit der Klage urkundlich darzuthun verpflichtet wäre. Schmid a. a. O. III. S. 177. not. 34. — Briegleb, S. 137. Martin, §. 250. not. b. — Unter den Neueren herrscht jedoch über diesen Punkt ebenfalls Meinungsverschiedenheit. Mittermaier a. a. O. S. 172 flg. Gett a. a. O. §. 6. S. 32.

§. 43.

4. Nähere Bestimmung der Erfordernisse des Executivprocesses.

Zur Begründung des Executivprocesses sind I. schlechterdings keine andern Beweismittel brauchbar, als Urkunden, und dieses gilt nicht etwa bloß in Ansehung des Beweises der Hauptverbindlichkeit des Beklagten selbst, sondern auch in Beziehung auf alle Umstände, deren Beweis dem Kläger in dem gegebenen Falle obliegt [1]). Auch die legitimatio ad causam — die active sowohl, als die passive [2]) — muß daher durch Urkunden dargethan werden, und bei Schuldforderungen, zu deren Bezahlung der Schuldner nur nach vorgängiger Aufkündigung verpflichtet ist, gilt dasselbe hinsichtlich des Beweises der wirklich geschehenen Kündigung [3]). —

---

[1]) Daß aber der Beweis aller dieser Umstände durch eine Urkunde geliefert werde, ist gerade nicht nothwendig. — Gensler, Comm. II. S. 67.

[2]) In Ansehung der Passivlegitimation halten Einige auch die Eidesdelation für zulässig, und diese Ansicht ist selbst hie und da durch Landesgesetze bestätiget. (S. z. B. Kori a. a. O. §. 12. not. 86.) Ursprünglich wurde überhaupt durch die Illiquidität einzelner Punkte nur die executorische Wirksamkeit bis nach hergestellter Liquidität suspendirt. — Briegleb I. S. 134. not. 4. u. 138. not. 13. — Allein gerade dadurch konnte die Execution (welche doch hier parat seyn sollte) sehr weit hinausgeschoben, ja selbst gänzlich vereitelt werden.

[3]) Auch in dieser Hinsicht wird gewöhnlich die Eideszuschiebung als erlaubt dargestellt. — Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 161. not. d., jedoch ebenfalls mit Unrecht. — Der Vorschlag, daß in Ermanglung eines urkundlichen Beweises über die geschehene Aufkündigung der Kläger aus-

II. Die Urkunden, welche übrigens allerdings auch Privaturkunden seyn können, müssen ihrem Inhalte und ihrer Form nach dazu geeignet seyn, die in Frage stehende Forderung in allen Beziehungen, subjectiven sowohl als objectiven, als vollkommen klar und liquid darzustellen. Insbesondere muß also daraus der Grund der Forderung (die causa debendi) [4]), der Betrag derselben [5]), die Zahlungszeit [6]), die Person des Gläubigers [7]) und

---

drücklich bitten soll, dem Beklagten eine der Aufkündigungs-Zeit gleichkommende Frist zu ertheilen, ist inconsequent und selbst zwecklos. Gleichwohl ist derselbe an einigen Orten durch die Praxis recipirt. Mittermaier a. a. O. S. 177 und 178 not. 85. Vgl. Kori, §. 14 und noch §. 15.

4) Wenn sich jedoch der Entstehungsgrund der Schuld aus dem Zusammenhange der ganzen Verschreibung schon errathen läßt, so schadet der Mangel der ausdrücklichen Anführung desselben nicht. — Kori §. 13. not. 91. Vgl. Gett a. a. O. S. 79 flg. Bei den italienischen Juristen war es bestritten, ob die causa debendi ausgedrückt seyn müsse. Briegleb S. 139.

5) Ursprünglich konnte selbst ein dem Betrage nach unbestimmtes damnum oder Interesse Gegenstand des Executivprocesses seyn. Briegleb S. 137.

6) Dieses ist jedoch nur so zu verstehen, daß der Executivproceß unzulässig ist, wenn die Zahlungszeit auf eine ganz unbestimmte Art ausgedrückt ist, so daß der Richter nicht wissen kann, ob zur Zeit der Klagestellung der dies schon eingetreten sey oder nicht. Denn ist über die Zeit der Zahlung gar nichts bestimmt, so kann der Executivproceß dessen ungeachtet eingeleitet werden. — Vgl. Kori, §. 14. Dr. Joh. Ad. Seuffert, gesammelte rechtswiss. Abh. Erl. 1837. S. 51 flg. — Die Anführung der Zahlungszeit in der Urkunde war übrigens schon nach älteren ital. Statuten nothwendig, z. B. nach dem Florentinischen. Angelus de Ubaldis ad l. 95. D. De verb. obl. (Bei Briegleb II. S. 154.)

7) Kori, §. 11.

des Schuldners [8]) ersichtlich seyn [9]). — Was die äußere Form betrifft, so ist zwar heutzutage bei Privaturkunden die Beidrückung des Siegels nicht nothwendig [10]), dagegen darf die Unterschrift des Ausstellers nicht fehlen [11]). — Daß bloße Abschriften — sobald es zur wirklichen Production kommt [12]) — nicht hinreichen, ist eben so wenig einem Zweifel unterworfen, als daß Correcturen und Durchstreichungen wesentlicher Stellen den Executivproceß hindern [13]).

---

8) Ebenders. §. 10.

9) Daß man Urkunden, welche alle diese Punkte enthalten, jetzt instrum. guarentigiata nennt, ob sie gleich weder ein praecept. de solv. noch eine Executivclausel enthalten, ist allerdings ganz unpassend. Guarentigiirte Urkunden im eigentlichen Sinne kommen jetzt nicht mehr vor. Briegleb, I. S. 369. Indessen erklärt sich dieser Sprachgebrauch dadurch, daß die Wirkung der ursprünglich guarentigiirten Urkunden auf „klare Briefe" übergegangen ist.

10) Selbst ein Brief des Schuldners reicht hin, wenn er nur alle wesentlichen Momente vollkommen in das Klare setzt. — Claproth a. a. O. §. 160. nro. 9. — Süptiz, Lehrb. §. 40 und 41.

11) Insofern es nämlich außerdem zweifelhaft seyn könnte, ob das Geschäft zum Abschlusse gekommen sey. — Kori, §. 10 not. 68.

12) Denn bei der Anstellung der Klage genügt es, bloße Abschriften beizulegen. — Vgl. noch Kori, §. 7. not. 35.

13) Kori, §. 8. Weil anfänglich nur Abschriften überreicht zu werden brauchen, werden übrigens solche Mängel erst im Productionstermine selbst von dem Beklagten gerügt werden können.

§. 44.

5. Verfahren.

a. Einrichtung der Klage.

Die Klageschrift ist im Wesentlichen eben so abzufassen, wie im ordentlichen Verfahren; nur müssen die nöthigen Urkunden sogleich jetzt schon wenigstens abschriftlich beigelegt werden, und das Proceßgesuch ist ausdrücklich auf die diesem summarischen Verfahren entsprechende Verfügung (§. 45) zu richten [1]. — Eine Cumulation mehrerer Klagen hat nur dann den Erfolg gleichzeitiger Verhandlung, wenn sich alle zu dieser Proceßart eignen.

---

§. 45.

b. Verfügung auf die Klage.

Wenn alle Erfordernisse des Executivprocesses vorhanden sind, und auch gegen die Einrichtung der Klage nichts zu erinnern ist [1], so wird von dem Richter ein

---

[1]) Nach dem ursprünglichen Princip des Executivprocesses: „confessus in jure pro judicato habetur" wurde das Petitum nicht auf Verurtheilung des Beklagten, sondern auf Verfügung der Execution gegen denselben gerichtet. Briegleb S. 165. Nachdem man aber einmal angefangen hatte, auch bloßen Privaturkunden executorische Kraft beizulegen, mußte das Gesuch zunächst auf Vorladung des Beklagten ad recognoscendum gestellt werden. Briegleb, S. 166.

[1]) Denn, wenn sich in einer oder der andern Beziehung ein Mangel zeigt, die Klage aber doch nicht ihrem wesentlichen

Termin angesetzt, und der Kläger zur Production der Originalien, der Beklagte aber zur Erklärung über die Aechtheit der Urkunden [2]) auf denselben vorgeladen [3]). — Die Vorladung des Beklagten geschieht gewöhnlich mit der Drohung, daß im Falle des Ungehorsams die Urkunden als anerkannt betrachtet werden würden. — Auch ist es zweckmäßig, denselben jetzt schon zur Anbringung der im Executivprocesse zulässigen Einreden, spätestens im Productionstermine — peremtorisch aufzufordern [4]). — Die Vorladung des Klägers unter einem strengeren Präjudize, als daß sein Ausbleiben für eine Verzichtleistung auf diese Proceßart genommen werden würde, dürfte jedoch nicht zu rechtfertigen seyn [5]).

Inhalte nach als unstatthaft erscheint, so wird diese „angebrachter Maßen" abgewiesen. v. Gönner, Hdb. I. Abh. X. §. 12. Gett a. a. O. S. 98 flg. Schmid a. a. O. S. 178. not. 7. — Gegen ein abschlägiges Decret können übrigens unstreitig von dem Kläger auch Rechtsmittel gebraucht werden.

[2]) Vorausgesetzt nämlich, daß die Urkunden nicht öffentliche sind. Denn in diesem Falle kann der Beklagte nur zur Einsicht derselben vorgeladen werden. — Gensler, Comm. II. S. 69. nro. 3.

[3]) Hierauf muß auch das Proceßgesuch in der Executivklage gerichtet werden. — Die Bitte, den Beklagten zur Einlassung aufzufordern, widerspricht der Natur des Executivprocesses und ist unklug. Kori, §. 18. not. 125.

[4]) Denn sonst muß man consequent zugeben, daß der Beklagte, obwohl er im Productionstermine nicht erschienen ist, doch alle in dieser Proceßart zulässigen Einreden noch nachholen dürfte. Martin, §. 221 vor not. g. Süptitz, §. 45 a. E.

[5]) Süptitz, §. 46. not. 2. Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 179. Vergl. hierüber besonders Schmid a. a. O.

§. 46.

c. Vertheidigung des Beklagten *).

Schon der Umstand, daß im Executivprocesse sogleich bei der Anstellung der Klage ein vollständiger Urkunden-Beweis angetreten wird, muß eine Veränderung in dem Vertheidigungssysteme des Beklagten hervorbringen. Während sich nämlich dieser im ordentlichen Verfahren auch durch bloßes Abläugnen des historischen Klagegrundes (durch die s. g. negative Einlassung oder Litiscontestation) schützen kann, fällt diese Art von Vertheidigung im Executivprocesse von selbst hinweg, weil der Kläger bereits den Beweis übernommen hat, zu dessen Herstellung er in Folge einer verneinenden Antwort verpflichtet werden könnte [1]).

S. 179. Gett a. a. O. §. 12. Ueber die Verfügung nach der italien. Praxis s. Briegleb I. S. 167 bis 176. Bei Privaturkunden wurde, wie jetzt, mit einer citatio ad recognosc. begonnen. Bei guarentigiirten Urkunden wurden Zahlungsmandate, zuerst unbedingte und späterhin bedingte erlassen.

*) Ursprünglich waren dem aus einer executorischen Urkunde Verpflichteten alle Einreden abgeschnitten. Allein schon bald verschaffte die Doctrin wenigstens solchen Einwendungen Gehör, durch welche auch die Gültigkeit oder Wirksamkeit einer confessio in jure angefochten, oder der Fortgang der Execution eines rechtskräftigen Erkenntnisses aufgehalten werden konnte. Zuletzt ließ man alle Einreden zu, wenn sie nur in continenti liquidirt wurden. Briegleb, I. S. 139 bis 156.

[1]) Nicht die Behauptungen des Klägers sind es mehr, welchen der Beklagte mit Erfolg einen Widerspruch entgegensetzen kann, sondern die Urkunden, welche zur Unterstützung jener Behauptungen vorgelegt wurden, weil der

Die Vertheidigung des Beklagten ist aber auch außerdem noch beschränkt. Durch die Anticipation des Urkundenbeweises wird nämlich nur die Wirksamkeit einer negativen Beantwortung der Klage vereitelt; wahre, peremtorische Einreden des Beklagten auszuschließen, dazu würde in jener Anticipation allein noch kein hinreichender Grund gefunden werden können, weil ja auch eine vollständig bewiesene oder gerichtlich eingestandene Klage noch durch solche Einreden entkräftet werden kann. — Da es jedoch — wenn man alle peremtorischen, auch illiquiden Exceptionen zulassen, und das Urtheil bis zum Schlusse der Verhandlungen darüber aufschieben wollte — ganz in der Willkür des Beklagten stünde, den Kläger in ein eben so weitläufiges Verfahren zu verwickeln, als wenn derselbe für seine Forderung keine Urkunde producirt hätte — während es doch unverkennbar immer darauf abgesehen war, daß sich der Gläubiger unter dieser Voraussetzung einer schnelleren Hülfe zu erfreuen haben sollte; — so werden peremtorische Einreden im Executivprocesse nur

---

Kläger durch die Anticipation des Beweises die Sache sogleich in das Gebiet des Beweisverfahrens versetzt hat. — Was im ordentlichen Processe die negative Einlassung auf die Klage, das ist im Executivprocesse die Diffession der Urkunden. Eine Einlassung im gewöhnlichen Sinne kommt hier gar nicht vor, und würde auch zwecklos seyn. — Kori a. a. O. §. 26. — Gensler, Comm. II. S. 70 a. E. (Daß in dem ursprünglichen Verfahren aus guarentigiirten Urkunden keine litis contestatio mehr vorkommen konnte, ergibt sich aus der rechtlichen Grundansicht des Instituts von selbst.) Nur die exceptio non num. pecun., welche eigentlich auch eine negative Einlassung ist, macht eine Ausnahme, aber bloß deßwegen, weil sie das Eigenthümliche hat, daß durch dieselbe auch die Beweiskraft der Urkunde zerstört wird. Gensler a. a. S. 75.

dann berücksichtiget, wenn sie eben so schnell durch Urkunden[2]) bewiesen werden, wie der Kläger seine Klage bewiesen hat[3]).

---

[2]) Nach einigen italienischen Statuten war der Urkundenbeweis nicht ausschließlich nothwendig, sondern der Beklagte konnte sich auch anderer Beweismittel bedienen, wenn er nur mit denselben die Einrede binnen der ihm ad opponendum et probandum gesetzlich vorgeschriebenen Frist zu liquidiren vermochte. Da jedoch diese Frist in der Regel sehr kurz war (z. B. 10 Tage), und in so kurzer Zeit der Beweis nicht leicht durch andere Beweismittel als durch Urkunden hergestellt werden konnte, so wurde es schon in der späteren italienischen Doctrin zur Regel, daß der Beweis der Einreden durch schriftliche Urkunden geführt werden müsse. Briegleb, I. S. 179 bis 182.

[3]) Einige Proceßlehrer wollen auch die Eidesdelation als Beweismittel in Bezug auf die Einreden im Executivprocesse zulassen. Glück, Comm. XII. S. 287. Da jedoch die Gewissensvertretung zu den möglichen Folgen dieses Beweismittels gehört, so dürfte dasselbe dem Urkundenbeweise nicht gleichzustellen seyn. v. Gönner, II. Hdb. Abhdl. 51. §. 3. Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 183 und 184. Die übrigen Gründe, welche noch für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung angeführt werden, sind bloße Gründe der Billigkeit. — Heffter (Inst. S. 436) glaubt sogar, daß, mit Ausnahme der Einrede der Compensation, alle übrigen peremtorischen Einreden auch dann gehört werden müßten, wenn sie der Beklagte nicht sofort liquid machen könnte. Allein es ist nicht abzusehen, worin unter dieser Voraussetzung der Vortheil des Executivprocesses bestehen sollte, indem der Beklagte, um die Sache zu verzögern, auch Einreden fingiren kann. — Solche Einwendungen, welche von Seite desjenigen, der sie vorbringt, gar keines Beweises bedürfen, sind übrigens wohl unter allen die liquidesten, und daher gewiß in dieser Proceßart zulässig. Insbesondere gilt dieses von der exceptio non numerat. pecuniae. Vergl. Glück, Comm. XII. S. 159 flg. Daß diese Einrede im Röm. Rechte begründet ist, kann keineswegs als ein hin-

Widrigenfalls werden sie zur besonderen Ausführung verwiesen[4]).

Was endlich die dilatorischen Einreden betrifft, so sind auf jeden Fall diejenigen zulässig, durch welche der Mangel eines solchen Erfordernisses gerügt wird, ohne dessen Beobachtung überhaupt kein gerichtliches Verfahren gültig bestehen kann[5]), und bei Einreden dieser Art ist nicht einmal ein schneller Beweis nothwendig, wie bei den peremtorischen[6]). — Aber auch die Einwendung

---

reichender Grund ihrer Unanwendbarkeit angeführt werden. Schmitt a. a. O. S. 180. not. 17. — Gett a. a. O. S. 157. flg. A. M. Gensler, Comment. II. S. 73 flg. — Die s. g. except. juris gehören aber durchaus nicht immer zu denjenigen Einreden, die keines Beweises mehr bedürfen, z. B. die exc. Sct. Macedon. Kori S. 98. not. 17. Mittermaier a. a. O. S. 183. not. 109.

[4]) Diese besondere Ausführung wird auch wohl die Widerklage genannt, obwohl der Ausdruck nicht immer passend ist. S. Kori S. 97. §. 6. Der Satz, daß exceptiones altioris indaginis ad separatum zu verweisen seyen, und daher das im Executivprocesse Bezahlte vermittelst einer Nachklage wieder zurückgefordert werden könne (Solve et repete), war ebenfalls schon in der italien. Praxis anerkannt. Briegleb I. S. 156 bis 160.

[5]) Z. B. die gerichtsablehnenden Einreden, die except. defic. legit. ad processum u. dgl. — Die except. fori declin. befreien übrigens auch hier von der Verbindlichkeit, sich über die Aechtheit der Urkunden zu erklären.

[6]) In der Regel wird sich die Liquidität solcher Einreden schon aus den bisherigen Acten ergeben. Zuweilen kann aber doch ein Beweis als nothwendig erscheinen, namentlich bei der exc. jud. incomp. Gensler, Comm. II. S. 72 a. E. — In Italien scheint hinsichtlich des Erfordernisses eines schleunigen Beweises zwischen diesen und anderen Einreden kein Unterschied gemacht worden zu seyn. Wenn man aber auch solche Exceptionen, deren Außerachtlassung eine Nullität erzeugt, wegen Illiquidität ad separ. verweist, und den

muß unstreitig gehört werden, daß in dem gegebenen Falle die besonderen Requisite des Executivprocesses nicht vorhanden seyen, daß folglich diese Proceßart gar nicht hätte eingeleitet werden sollen [7]) (exceptio non rite formati processus), weil, wenn man dieselbe ausschließen würde, der Beklagte der Willkür, oder Unkenntniß des Richters preisgegeben wäre. — Solche verzögerliche Einreden aber, welche in keine der bisher angeführten Classen gehören, können auch nur durch einen schleunigen Urkundenbeweis im Executivprocesse geltend gemacht werden [8]). Wenn übrigens dem Schuldner eine illiquide Einrede zu Gebote steht, so kann er einen zu besor-

---

Beklagten zur Zahlung anhält, so können drei Processe nach einander entstehen, der Executivproceß, das separatum, und dann wieder ein Verfahren, in welchem der Kläger seine Klage mit Verbesserung des anfangs begangenen Fehlers (z. B. jetzt stellt er die Klage vor dem competenten Gerichte) erneuert. Läßt man aber dergleichen Einreden ungeachtet ihrer Illiquidität im Executivprocesse zu, so kann dadurch jene Weitläufigkeit vermieden werden.

7) Z. B. weil die beigebrachten Urkunden nicht alle wesentlichen Punkte außer Zweifel setzen, weil die Klage an sich zum Executivprocesse nicht geeignet ist u. dgl.

8) Z. B. die except. plus petit. temp. wenn sich der Beklagte darauf beruft, daß ihm der Kläger durch eine besondere Uebereinkunft eine Zahlungsfrist bewilliget habe, die noch nicht abgelaufen sey. — Mit Recht räumt man übrigens dem Beklagten auch im Executivprocesse die Befugniß ein, eine cautio pro reconventione von dem Kläger zu verlangen, wenn anders die gewöhnlichen Bedingungen derselben vorhanden sind. *Leyser* spec. 34. med. 7. — Weniger läßt sich für die Zulässigkeit eines Antrages auf die cautio pro expensis sagen, obwohl man gewöhnlich dem Kläger auch die Verbindlichkeit zu dieser Cautionsleistung auflegt. Kori §. 23. Mittermaier S. 180. — Ueber dilator. Einreden im Executivpr. überhaupt s. Gett a. a. O. §. 18.

genden Executivproceß dadurch nicht vereiteln, daß er den Stoff der Einrede in der Form einer Klage vorträgt, und mit dieser Klage der Executivklage zuvorkommt[9].

§. 47.

d. Verhandlungen im Productionstermine.

Im Productionstermine hat vor Allem der Kläger die Originalurkunden vorzulegen, und den Gegner zur Erklärung über die Aechtheit derselben aufzufordern. — Von dieser Erklärung und dem sonstigen Vorbringen des Beklagten hängt sodann das weitere Verfahren ab. — I. Recognoscirt derselbe die Urkunde unbedingt, ohne eine Einrede vorzuschützen, so kann der Kläger ohne weiters auf Execution antragen[1]. — II. Diffitirt er die Urkunde, so muß er sich sofort zur Ableistung des Diffessionseides bereit halten. Die Abwendung dieses Eides durch den Antrag des Klägers auf Schriftenvergleichung, oder auf Führung eines andern Aechtheitsbeweises ist der gewöhnlichen Meinung zufolge[2]) im Executivprocesse unstatthaft.

---

[9]) Schmidt, prakt. Rechtsmat. S. 116. — Weber, Beitr. zur Lehre von Kl. und Einr. S. 18. — Martin §. 250 not. 1. — Linde §. 360. not. 1. — A. M. *Schilter*, Exerc. 13. §. 19. *Brockes*, Sel. obs. 589. — Schon von den italienischen Juristen ward übrigens diese Streitfrage angeregt, und zuletzt auf die oben angegebene Art entschieden. Briegleb I. S. 160—162.

[1]) Eine Verurtheilung ist hier nach der Regel: confessus in jure etc. gar nicht mehr nothwendig.

[2]) *Wernher*, obs. I. obs. 104. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 243. nro. III. — Da indessen durch die Schriftenvergleichung nur die Aechtheit der Urkunde hergestellt

Will es daher der Kläger nicht zur wirklichen Ableistung des Diffessionseides kommen lassen, so muß er gleichwohl auf den Executivproceß renunciren und das ordentliche Verfahren einleiten.

III. Bringt der Beklagte Einreden vor, so kommt es zunächst darauf an, ob dieselben im Executivprocesse überhaupt zulässig sind, oder nicht. — In dem letzten Falle braucht sich der Kläger gar nicht darauf einzulassen. Er zeigt vielmehr ihre Unstatthaftigkeit und bittet um die Verurtheilung des Beklagten, welche auch — nöthigenfalls mit dem Vorbehalte der besonderen Ausführung — hierauf wirklich erfolgt. — In dem ersten Falle richtet sich aber das fernere Verfahren nach der Beschaffenheit der vorgeschützten Einreden. Sind diese 1) dilatorisch und zwar insbesondere a) gerichtsablehnend, so wird entweder die Klage von diesem Gerichte weggewiesen, — oder, wenn die Incompetenz noch zweifelhaft seyn sollte, der erforderliche Beweis aufgelegt[3]). b) Bei anderen verzögerlichen Einreden, welche sich auf unerläßliche Erfordernisse des gerichtlichen Verfahrens überhaupt beziehen, wird dem Kläger aufgelegt: entweder das Fehlende nachzuholen[4]), oder den etwa nöthigen Beweis zu liefern[5]). c) Die *exceptio non*

---

werden soll, an die Stelle des Urkundenbeweises über die Forderung selbst aber kein anderer Beweis substituirt wird, so läßt sich die gew. Meinung nicht rechtfertigen. — *Brockes,* Sel. obs. for. obs. 107. — Schmidt, öff. Rechtsspr. S. 681 flg. — Mittermaier S. 186. Schmid a. a. O. S. 180. not. 15. — Ueber Anerkennung und Diffession der Urkunde insbesondere Gett a. a. O. S. 130 flg.

[3]) Gensler, Comm. II. S. 72 a. E.

[4]) Z. B. die mangelnde Vollmacht.

[5]) Nicht bloß bei gerichtsablehnenden, auch bei anderen Einreden, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit

rite formati processus hat, wenn sie als begründet befunden wird, die Abweisung des Klägers vom Executivprocesse zur Folge. d) Sollte die *except. pl. pet. temp.* liquid vorliegen, so wäre die Klage „zur Zeit" abzuweisen. In allen diesen Fällen wird übrigens der Kläger über die vorgebrachten Einreden vor dem richterlichen Erkenntnisse mit seiner Replikserinnerung, auch wohl der Beklagte mit seiner Duplik vernommen. — Von der Verbindlichkeit, eine Erklärung über die Aechtheit der Urkunden abzugeben, befreien übrigens nur die gerichtsstandablehnenden Einreden [6]. Bei allen übrigen muß sich der Beklagte wenigstens eventualiter über die Aechtheit äußern. 2) Ueber peremtorische Einreden, zu deren Beweis der Beklagte sogleich Urkunden beibrachte [7], muß auf jeden Fall der Kläger noch gehört werden; und dieser kann sich auf zweifache Art dagegen vertheidigen, nämlich a) durch eidliche Diffession der Urkunden [8] und b) durch Vorbringung wahrer Repliken, welche aber ebenfalls entweder sofort liquid, oder durch Urkunden erweislich seyn müssen, wenn sie die Lossprechung des Beklagten im Executivprocesse verhindern sollen [9]. Nach der

---

zur Folge haben würde, kann ein Beweisinterlocut nothwendig werden, z. B. bei der except. defic. personae standi in judicio, wenn der Grund derselben widersprochen wird.

6) Denn die Recognition oder Diffession vertritt hier die Stelle der Einlassung, und von dieser befreien die exc. fori declinator.

7) Sind sie illiquid, so kommt das am Anfange des §. Bemerkte zur Anwendung.

8) Bei solchen Einreden, welche für sich, auch ohne Urkunde schon liquid sind, fällt dieses natürlich hinweg.

9) Ob im Executivprocesse auch die Repliken sogleich durch Urkunden liquidirt werden müssen, ist zwar bestritten, und mehrere Proceßlehrer (Martin, Lehrb. §. 252. not. g.

Verschiedenheit des Erfolges dieser Verhandlungen ergeht endlich bald ein verurtheilendes, bald ein lossprechendes Erkenntniß, wogegen Rechtsmittel mit den gewöhnlichen Wirkungen[10]) gebraucht werden können. — Da übrigens

Heffter, Instit. S. 437 nro. 16.) behaupten das Gegentheil, wohl aus keinem andern Grunde, als weil die dadurch entstehende Verzögerung nur dem Kläger nachtheilig ist, dieser aber auf das beschleunigte Verfahren Verzicht leisten kann. Wenn man aber erwägt, daß durch die Zulassung illiquider Repliken, wogegen sodann auch illiquide Dupliken gehört werden müssen, ein seltsames Gemisch von summarischem und ordentlichem Verfahren entsteht — nach dessen Beendigung möglicherweise noch ein neuer ordentlicher Proceß über diejenigen Einreden nachfolgen könnte, welche der Beklagte ihrer Illiquidität halber im Executivprocesse gar nicht berührt hatte, so dürfte wohl die Meinung Derjenigen den Vorzug verdienen, welche in dem Falle, wo einer vollkommen liquiden peremtorischen Einrede nichts als eine illiquide Replik entgegengesetzt wurde, annehmen, daß der Kläger im Executivprocesse abzuweisen sey, und daß demselben nun nichts anderes übrig bleibe, als im ordentlichen Processe aufzutreten, und die illiquide Replik in dem Vortrage seiner Klage zu anticipiren. Gensler, Comm. II. S. 79. Derselbe im Arch. für civ. Prax. I. S. 455 flg. — Mittermaier S. 187. Schmid a. a. O. S. 184. not. 33.

10) Daß die ordentlichen Rechtsmittel gegen ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß den Suspensiveffect nicht haben sollen (Claproth, Einl. in die summ. Proc. 173), läßt sich nicht beweisen. Der §. 107 des J. R. A. spricht nur von Wechsel- und Mercantilsachen, bei welchen eine besondere Rücksicht eintritt, welche nicht auf alle Fälle des Executivprocesses paßt. — Gefahr auf dem Verzuge gehört aber nicht zu den Bedingungen des Executivprocesses. — Gensler, Comm. II. S. 80. Lit. E. Mittermaier S. 188. Adam Fr. Gett, der Executivproceß u. s. w. Nürnberg 1841. §. 23. Vgl. noch Briegleb S. 186 flg. Schmid a. a. O. S. 185. not. 35.

der Executivproceß nicht auf eine erschöpfende Erörterung der ganzen Sache berechnet ist, so steht es dem verurtheilten Schuldner immer noch frei, mit denjenigen Einreden, welche nur wegen der eigenthümlichen Natur des Executivprocesses bisher nicht berücksichtigt werden konnten [11]), in einem besondern ordentlichen Verfahren [12]) nachträglich aufzutreten, — selbst dann, wenn ihm auch in dem Urtheile die besondere Ausführung nicht ausdrücklich vorbehalten worden wäre [13]).

---

[11]) Denn sind die Einreden zugelassen, erörtert und ihrer inneren Unstatthaftigkeit halber verworfen worden, so können sie in separato nicht mehr angebracht werden. — Danz, Grundſ. der summ. Proc. §. 84. not * Ad. Dietr. Weber, Beitr. zu der Lehre von den Klag. und Einr. St. I. not. 6.

[12]) Die ad separatum verwiesenen Einreden werden in der Form einer Klage vorgetragen, vermittelst welcher der verurtheilte Schuldner dasjenige wieder zurückfordert, was er in Folge des Executivprocesses bezahlen mußte. Gensler, Comm. II. S. 80. — Hat der Beklagte Grund zu besorgen, daß der Kläger bis zur Entscheidung des Separatprocesses außer Stand kommen dürfte, ihm das Geleistete zurückvergüten zu können, so darf er auf Caution, oder, wenn diese nicht gestellt werden kann, auf gerichtliche Deposition antragen. Claproth, §. 173. a. E. — Mittermaier, S. 188 flg. — Kori, §. 37.

[13]) A. M. ist Schmid a. a. O. S. 182 not. 29.

§. 48.

Regulär (unbestimmt) summarisches Verfahren.

I. Fälle, in welchen dasselbe stattfindet.

Das regulär summarische Verfahren tritt dann ein, wenn zwar die Sache zu einer schnelleren Behandlung geeignet ist (S. oben §. 3.), aber gleichwohl die besonderen Requisite einer der bisher dargestellten irregulär summarischen Verfahrungsarten nicht vorhanden sind [1]. Von Amtswegen darf jedoch der regulär summarische Proceß nie eingeleitet werden, insofern nicht etwa die Beschleunigung durch Rücksichten auf das allgemeine Wohl oder auf öffentliche Ruhe und Sicherheit geboten ist [2], sondern der Kläger muß ausdrücklich darauf antragen [3]. Mit Einverständniß beider Theile kann übrigens

[1]) Genauer lassen sich die Fälle des regulär summarischen Verfahrens von denen des irregulären nicht ausscheiden, weil das letztere zum Theil schon durch allgemeine Gründe (z. B. der bedingte Mandatsproceß durch Bescheinigung des Anspruches, der unbedingte unter andern durch ein factum nullo jure just. u. dergl.) gerechtfertiget wird, welche in allen einzelnen Fällen, die ihrer Beschaffenheit nach zu den causis summariis überhaupt gehören, noch besonders hinzukommen können. — Die nämliche Sache kann nach Verschiedenheit der Umstände bald zu einer irregulär, bald nur zu einer regulär summarischen Behandlung geeignet erscheinen.

[2]) Z. B. bei Ehestreitigkeiten.

[3]) Süptitz, Lehrb. §. 5. nro. 3. — Sollte das regulär summarische Verfahren in einem gegebenen Falle auch für den Beklagten als wünschenswerth erscheinen, was z. B. bei Baustreitigkeiten wohl möglich ist, so könnte auch dieser

selbst eine solche Sache, welche ihrer Beschaffenheit nach zu dem ordentlichen Verfahren geeignet wäre, regulär summarisch verhandelt werden [4]).

---

§. 49.

II. Form des Verfahrens.

Obwohl im regulär summarischen Verfahren manches dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden muß, so fehlt es doch keineswegs an gesetzlichen Vorschriften, — weder über die Mittel, deren er sich zur Abkürzung der Sache bedienen darf, noch über die Erfordernisse, die hier eben sowohl, wie im ordentlichen Processe beobachtet werden müssen. — Als Hauptquelle ist in dieser Hinsicht das Canonische Recht und zwar insbesondere die Clem. 2. De V. S. (5. 11.) anzusehen [1]). — Aus dem Zusammenhange dieser Stelle ergibt sich:

---

darauf dringen, und ohne Zweifel müßte der Richter seinem Begehren entsprechen, wenn gleich der Kläger sein Proceßgesuch auf das ordentliche Verfahren gerichtet hätte. — Vergl. v. Gönner, Hdb. Bd. II. Abh. 30.

[4]) Denn in diesem Falle kann nicht von einem unzulässigen Conventionalprocesse die Rede seyn.

[1]) Zwar scheint sich diese Clementine in den Eingangsworten nur als eine Instruction für einen delegirten Richter anzukündigen, der nach dem Inhalte seines Auftrages „simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii" verfahren sollte. — Allein am Schlusse derselben (Quae omnia etiam etc.) ist die Beobachtung der darin enthaltenen Vorschriften ausdrücklich auch für solche Fälle anbefohlen, wo nicht in Folge eines besonderen päpstlichen Jurisdictionsauftrages, sondern schon nach einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung eine

I. daß es keineswegs die Absicht des Papstes war, den Richter bei der Verhandlung summarischer Sachen von der Beobachtung der wesentlichen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens zu dispensiren, sondern nur ihn zu Verfügungen und Unterlassungen zu ermächtigen, welche, unbeschadet jener Grundsätze, zur Beschleunigung der Sache beitragen konnten. In diesem Geiste wird zwar dem Richter erlaubt, a) anstatt der im ordentlichen Processe üblichen schriftlichen Vorträge, auch mündliche zuzulassen [2]) — b) nicht nur an Werktagen, sondern auch an weltlichen Feiertagen thätig zu seyn [3]); — c) Fristen und Termine ohne Rücksicht auf die Observanz im ordentlichen Processe abzukürzen und einzuziehen [4]); endlich d) in jeder Lage des Processes zur

Sache „simpliciter et de plano" verhandelt und entschieden werden soll. Auf jeden Fall ist gewiß, daß man sowohl bei weltlichen, als geistlichen Gerichten diese Clementine als Richtschnur bei dem Verfahren in causis summariis gelten ließ. — S. Heffter, Inst. S. 419. Nr. 3. Mittermaier, der gem. deutsche Proc. Beitr. IV. S. 107. — Eine Erläuterung der Clem. Soepe, welche besonders dazu geeignet ist, die damals übliche Methode der Interpretation eines Gesetzes anschaulich zu machen, findet sich in der Practica *Lanfranci*. 1534. Lugd. fol. CII. Caus. deleg. et summar.

[2]) Clem. cit. verb.: *„sive scriptis, sive verbo."* Vergl. Puchta, Beitr. zur Gesetzg. S. 319. Mittermaier a. a. O. S. 114 flg.

[3]) Cl. cit. *„in tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum."*

[4]) Cl. cit. *„amputet dilationum materiam."* Daß die Fristen im summarischen Processe schon das erstemal peremtorisch vorgeschrieben werden sollen, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, entspricht aber gewiß der Hauptabsicht des ganzen Gesetzes. v. Grolman, §. 228. S. 391.

Aufklärung der Sache geeignet scheinende Fragen an die Parteien zu stellen [5]. — Dagegen ist es ihm ausdrücklich zur Pflicht gemacht, a) bei der Entscheidung die Anträge und petita der Parteien im Auge zu behalten (Verhandlungsmaxime) [6]; b) dem Angegriffenen vollständige Vertheidigung zu gestatten (Grundsatz des wechselseitigen Gehörs) [7]; c) und für die schriftliche Aufzeichnung der mündlich gehaltenen Parteivorträge zu sorgen (Grundsatz des schriftlichen Verfahrens) [8]. — Eben so wenig lag

II. eine Veränderung der Ordnung, in welcher die Hauptabschnitte des ordentlichen Processes aufeinanderfolgen, in der Absicht des angeführten Gesetzes [9].

---

5) Clem. cit.: „*Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicumque hoc aequitas suadebit.*“ — Gensler, Comm. II. S. 47. Nr. 15. — Mittermaier a. a. O. S. 130. Uebrigens kann dem Richter auch im ordentlichen Processe das Recht nicht abgesprochen werden, zu jeder Zeit Fragen an die Parteien zu stellen, welche ihm zur Aufklärung der Sache nothwendig zu seyn scheinen. c. 10. X. 2. 22. (De fide instrum.). Linde, Lehrb. §. 220.

6) Clem. cit.: „*Verum quia juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet.*“ Mittermaier, S. 112. lit. H.

7) Ibid.: „*Non sic tamen judex lites abbreviet quin defensiones legitimae admittantur.*“ — Nur bei weniger bedeutenden processualischen Incidentsachen, z. B. bei Fristverlängerungsgesuchen wird davon eine Ausnahme gemacht.

8) Clem. cit.: „*actis tamen continuo (ut super quibus positiones et articuli formari debeant possit haberi plenior certitudo et ut fiat definitio clarior) inferenda.*“ Vergl. Mittermaier, S. 116 bis 119. In Bagatellsachen war nach Röm. Rechte (Nov. 17. c. 3) gar keine schriftliche Aufzeichnung, — nicht einmal des Urtheils — nothwendig.

9) Aus der Ordnung, in welcher die einzelnen Bestimmungen

Auch hier folgt also auf das erste Verfahren das Beweisverfahren, sodann das Urtheil, — wogegen alle gewöhnlichen Rechtsmittel gebraucht werden können [10]), — und endlich nöthigenfalls die Execution. — Abgesehen von dem Einflusse der vorhin (nro. I.) aufgezählten allgemeinen Beschleunigungsmittel, findet sich in den einzelnen Abschnitten wenig abweichendes. A. Im ersten Verfahren wird auf die gehörig [11]) eingerichtete Klage die Ladung des Beklagten verfügt [12]); dieser muß sich bestimmt und deutlich über die Wahrheit oder Unwahrheit der von dem Kläger behaupteten Thatsachen erklären (Einlassung, Litiscontestation) [13]), kann aber auch

---

in der Clem. 2. D. V. S. aufeinander folgen, ergibt sich unstreitig, daß der Papst das regelmäßige Verfahren in der Succession seiner Hauptpartien beibehalten wollte. Gerade hierin scheint das richtige Unterscheidungsmerkmal zwischen irregulär und regulär summarischen Processen zu liegen. S. oben §. 5.

[10]) v. Grolman, §. 230 a. E. — Gensler, Comm. II. S. 46. Nro. 11. — Nur bei provisorischen Verfügungen kann zuweilen der Suspensiveffect abgeschlagen werden.

[11]) Denn, wenn es der Klage an den wesentlichen Erfordernissen mangelt, so erfolgt hier, wie im ordentlichen Processe, die Zurückweisung in der Form, welche der jedesmaligen Beschaffenheit des Mangels entspricht. Die Klage darf übrigens allerdings auch schriftlich überreicht werden. Clem. cit. „*necessario* libellum non exigat." Mittermaier S. 118. Daß auch im summarischen Verfahren Procuratoren und Advocaten zulässig sind, ist nach gemeinem Rechte nicht zweifelhaft. Vgl. Mittermaier, S. 119 flg.

[12]) Clem. cit. „*Citationem vero per commissionem hujusmodi intelligimus non excludi.*" — Vergl. Gensler, Comm. II. S. 42. Nr. 5. Mittermaier a. a. O. S. 128.

[13]) In der Clem. cit. heißt es zwar: „*litis contestationem non postulet;*" allein damals war die Litiscontestation nicht

alle [14]), ihm zuGebote stehenden Einreden, dilatorische [15]), wie peremtorische vorschützen, und zwar ohne Unterschied, sie mögen liquid seyn, oder nicht; — hierauf kann es noch zur Replik und Duplik, ja, insofern es zur vollständigen Ausmittlung der Streitfrage nothwendig seyn sollte, selbst zu weiteren Vorträgen kommen [16]),

---

was wir seit dem J. R. A. so zu nennen pflegen, — eine bestimmte und deutliche Antwort auf die Hauptbestandtheile des historischen Klagegrundes, — sondern ein genereller Ausdruck der Widersetzlichkeit, welcher dem Richter keine nähere Aufklärung über den Streitpunkt gewähren, und folglich ohne Nachtheil für die Instruction wegbleiben konnte. — *J. H. Bœhmer J. E. P.* lib. II. Tit. 5. §. 5. Linde, Lehrb. §. 331. not. 6. — Heffter, Inst. S. 419. Nr. 2. Mittermaier, S. 132.

[14]) S. oben not. 7.

[15]) Wenn in der Clem. cit. bemerkt wird: judex litem, quanto poterit, facit breviorem, *exceptiones*, appellationes *dilatorias* et frustratorias *repellendo*," so ist der Sinn dieser Bemerkung schwerlich ein anderer, als daß der Richter offenbar unerhebliche und nur auf Verzögerung der Sache berechnete Einwendungen sogleich verwerfen soll. — Mittermaier a. a. O. S. 133. — v. Gönner, Handb. Bd. IV. S. 39. — obwohl auch die Zulässigkeit dilatorischer Einreden anerkennend, — glaubt zwar, daß die Clem. seiner Ansicht wirklich entgegenstehe, und sucht daher dieselbe in diesem Punkte als unanwendbar darzustellen; — allein der Grund, welchen er dafür angibt, ist nicht befriedigend. — Vergl. das viel frühere c. 4. X. 2. 25. (De except. v. Innocentius III.) Auch eine Widerklage ist zulässig. — Clem. cit. „etiam rei, si quid petere voluerit" etc. Mittermaier S. 136.

[16]) Nur dann, wenn in der Vertheidigung des Beklagten kein neuer Gegenangriff vorkommt, kann das erste Verfahren jetzt schon geschlossen werden. Außerdem ist eine weitere Vernehmung des Klägers hier eben so unerläßlich, wie im ordentlichen Processe. v. Grolman §. 228. S. 390.

nach deren Schluß entweder definitiv, oder, wenn in facto noch etwas streitig ist, — nach den allgemeinen Grundsätzen auf Beweis erkannt wird. — B. Der Beweis kann durch alle gewöhnlichen Mittel geführt werden [17]). Auch die Form des Verfahrens ist im Wesentlichen dieselbe wie im ordentlichen Processe [18]). Nur werden häufig bei der Antretung des Zeugenbeweises keine Artikel aufgestellt [19]), und die Verfertigung eines

---

[17]) Clem. cit. „*Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae admittantur.*“ Bloße Bescheinigung ist im summarischen Processe eben so wenig hinreichend, wie im ordentlichen. Nur bei processualischen Incidentsachen wird nicht selten eine Ausnahme gemacht. — Vgl. Gönner, Erört. XLI. Gensler, Comm. II. S. 46. nro. 9. — Mittermaier, S. 142. Besonders W. H. Puchta, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I. Heft 2. S. 293 flg. Ueber die Worte der Clem. „*testium superfluam multitudinem refraenando*“ s. Mittermaier, S. 148 flg. — Die Anticipation des Beweises, d. h. die Verbindung desselben mit dem Vortrage der Klage ist nach gemeinem Rechte auch im regulär summarischen Processe nicht nothwendig. Mittermaier, S. 124 flg.

[18]) S. Gensler a. a. O. S. 44. nro. 8. — Die Vorschrift der Clem., daß der Richter einen Termin zur Production aller Beweismittel festsetzen soll, kann jetzt nicht mehr als eine Eigenthümlichkeit des summarischen Processes angesehen werden, indem dasselbe auch im ordentlichen Processe geschieht.

[19]) Die Clem. gestattet zwar aus Rücksicht auf das Herkommen den Gebrauch der Beweisartikel, so wie der Positionen auch im summarischen Verfahren; — allein geboten sind sie auch hier nicht. Seit dem J. R. A. §. 34. kann übrigens die Unterlassung der Artikel im summarischen Processe auf keinen Fall mehr ein Bedenken erregen, da sie selbst im ordentlichen Processe nicht schlechthin nothwendig sind. — Vgl. Mittermaier, im Archiv für die civ. Prax. Bd. V. Heft 2. S. 179 flg.

Zeugenrotulus unterbleibt [20]. Die Gelegenheit, Beweiseinreden vorzubringen, darf aber dem Producten auf keinen Fall entzogen werden [21], und eben deßwegen kann auch das Haupt- und Schlußverfahren nur dann wegbleiben, wenn keine Einrede dieser Art mehr zu erwarten ist, sondern die Impugnation und Salvation nur rechtliche Deductionen enthalten könnte [22]. — C. Die Urtheile im regulär summarischen Processe werden häufig nur in der Form von Protocollarbescheiden ertheilt [23].

---

[20]) Denn der Zeugenrotulus ist ja nicht einmal im ordentlichen Verfahren wesentlich. Mittermaier, S. 150.

[21]) Beweiseinreden sind eben sowohl „defensiones legitimae," als Einreden gegen die Klage. — Aus demselben Grunde darf auch in dem Falle, wenn der Producent Beweisartikel gestellt hat, dem Producten das Recht nicht entzogen werden, Interrogatorien beizubringen. — Gensler, S. 45. — Mittermaier, S. 146. — Linde, Lehrb. §. 332. lit. c. Die Beeidigung der Zeugen ist gemeinrechtlich auch hier nothwendig. — Landesgesetze begnügen sich bei geringfügigen Sachen nicht selten mit dem Handgelübde. Mittermaier, S. 147 flg.

[22]) Arg. Clem.: *„advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia refraenando."* — v. Grolman, §. 229. S. 393. Mittermaier, S. 150. — Die Eidesdelation ist nach gemeinem Rechte gleichfalls zulässig und hat im summarischen Verfahren nichts besonderes. — Mittermaier, S. 151 flg.

[23]) Gensler, Comm. II. S. 41. — Ein förmlicher Actenschluß ist schon in der Clem. für unnöthig erklärt; eben so die damals üblichen Formalitäten bei der Publication des Urtheils. Schriftlich mußte aber das Erkenntniß immer abgefaßt werden.

§. 50.

III. Einzelne Fälle, in welchen das regulär summarische Verfahren stattfindet.

Da das regulär summarische Verfahren in allen Fällen, welche sich zu demselben eignen, in den Hauptzügen [1]) immer das nämliche bleibt, so ist zwar in dieser Hinsicht kein Grund vorhanden, einige jener Fälle noch besonders hervorzuheben; — allein theils wegen der eigenthümlichen Voraussetzungen, unter welchen sie stattfinden [2]), theils wegen ihres Verhältnisses zu anderen Streitsachen [3]) verdienen gewisse regulär summarische Processe ausgezeichnet zu werden, und zwar vorzugsweise der Provocationsproceß, die verschiedenen Arten des possessorischen Processes und der Rechnungsproceß.

---

[1]) Einzelne Abweichungen kommen zwar allerdings hie und da vor, z. B. daß der Implorant den Grund seiner Klage sogleich bescheinigen muß u. dgl.; allein sie sind nicht erheblich genug, um die einzelnen Processe, bei welchen sie stattfinden, deßhalb besonders auszuzeichnen. — v. Grolman, §. 226. not. 1. und §. 228. not. — Mühlenbruch, Entw. §. 564.

[2]) Aus diesem Grunde verdient z. B. vorzüglich der Provocationsproceß und das s. g. posses. summar. besonders erörtert zu werden.

[3]) Z. B. des posses. zum petitor.

§. 51.

A. Provocationsproceß.

Einleitung.

Der Grundsatz, daß es keinen Zwang zum Klagen gibt, hat den doppelten Sinn, a) daß, wenn jemand sein Recht gänzlich aufgeben will, ihn niemand daran hindern kann, und b) daß ein Berechtigter nicht einmal genöthiget werden kann, seinen Anspruch früher zu verfolgen, als es ihm beliebt [1]. In der ersten Bedeutung genommen leidet jener Grundsatz gar keine Ausnahme; — wohl aber in der zweiten, indem zuweilen der Richter jemanden unter Androhung eines bestimmten Nachtheiles zur Geltendmachung seiner Ansprüche auffordern kann [2], zuweilen auch einer Partei gegen die andere dieses Aufforderungsrecht zusteht. Dem gewöhnlichen Sprachgebrauche zufolge würde nun zwar das Wort „Provocation" auf beide Ausnahmsfälle passen; — allein der processualische Sprachgebrauch beschränkt diesen Ausdruck nur auf den Fall, wenn eine Partei die andere zur gerichtlichen Einschreitung auffordert [3].

Solcher Provocationen im engern Sinne kommen aber im gemeinen deutschen Rechte zwei vor, nämlich die *provocatio ex lege: Diffamari* und die *prov.* ex l.: *Si contendat*, welche nicht durchgehends auf denselben

---

1) Nur durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Klagenverjährung ist in dieser Hinsicht der Willkür des Berechtigten eine Gränze gesetzt.

2) Namentlich ist dieses der Fall im Concursprocesse.

3) Für richterliche Aufforderungen ad agendum werden die Ausdrücke „Adcitation" und „Edictalcitation" gebraucht.

Grundsätzen beruhen, und daher gesondert dargestellt werden müssen.

---

§. 52.

I. Von der prov. ex lege: Diffamari insbesondere.

a. Begriff und Ursprung dieses Rechtsmittels.

Wenn sich jemand nachtheilige Aeußerungen gegen einen andern erlaubt, ohne ihn jedoch gerichtlich deßhalb anzugreifen, — so wird bei Diesem, — falls er sich nicht schuldig weiß, — der natürliche Wunsch entstehen, daß sein Gegner lieber sogleich gerichtlich wider ihn auftreten möchte, um sich durch die Enthüllung der Grundlosigkeit jener nachtheiligen Behauptungen Ruhe und eine Art von Genugthuung verschaffen zu können. Dieser Wunsch ist um so natürlicher, je mehreren Menschen die nachtheilige Aeußerung bekannt geworden ist. — Hierauf beruht nun die s. g. provocatio ex lege: Diffamari, welche im Allgemeinen darin besteht, daß der Diffamirte den Diffamanten durch die Obrigkeit auffordern läßt, binnen einer bestimmten Frist sub poena perpetui silentii mit seinen Ansprüchen und Behauptungen gerichtlich aufzutreten. — Die Glossatoren haben schon in einer Stelle des Röm. Rechts den gesetzlichen Grund dieser Provocation zu finden geglaubt, und daher dieselbe auch nach den Anfangsworten dieser Stelle benannt [1]). Dieses

---

[1]) Nämlich in der c. 5. C. 7. 14. (De ingenuis manumissis) von Diocletian und Maximinian, welche mit den Worten anfängt: „*Diffamari* statum ingenuorum.“ Vergl. die Glosse zu dieser Stelle.

war nun freilich ein Irrthum [2]; allein theils das Ansehen der Glosse, theils die natürlichen Gründe, welche für diese Provocation sprechen, haben ihr in der deutschen Praxis allenthalben Eingang verschafft [3], und selbst die deutschen Reichsgesetze von der ersten Hälfte des 16ten Jahrhunderts angefangen bis zum J. R. A. herab haben dieselbe mehrmal ausdrücklich bestätiget [4].

---

§. 53.

b. Fälle, in welchen diese Provocation stattfindet.

Wäre man bei der c. 5. C. De ingen. manum., — welche man doch einmal für den Sitz der ganzen Lehre hielt, — stehen geblieben, so würde die provoc. ex l. Diff. nur dann als zulässig erscheinen, wenn sich jemand über den persönlichen *status* eines andern auf eine

[2] Denn in der Constitution wird nicht gesagt, daß der ingenuus den Diffamanten zur Anstellung einer Klage aufgefordert, sondern vielmehr, daß er selbst die Präjudicialklage wegen der Ingenuität gegen den Diffamanten angestellt habe, dieser aber ungeachtet wiederholter Ladungen ausgeblieben sey. Offenbar ist daher hier von einem Contumacialverfahren, und nicht von einer Provocation die Rede. *C. F. G. Meister*, De falsa probat. process. provocat. ex jure Rom. in opusc. Syllog. 1. D. 2. Glück, Comm. VI. S. 484 flg.

[3] Mittermaier, der g. d. Pr. Beitr. IV. 250 flg.

[4] R. A. v. 1530. §. 93. — C. G. Reform. v. 1531. §. 35. — R. A. v. 1532. Art. 3. §. 2. — Landfr. v. 1548. Art. 14. §. 8. — C. G. O. v. 1555. p. II. Tit. 10. §. 9. und II. Tit. 25. — Conc. der C. G. O. Th. II. Tit. 11. §. 12. und Th. II. Tit. 27. — J. R. A. §. 83. Vergl. *Pütter*, nov. epit. §. 127 sq.

nachtheilige Art[1]), und zwar entweder öffentlich, oder doch vor mehreren Personen geäußert hätte[2]). Ja selbst diese Anwendung würde schon auf einer analogen Ausdehnung beruhen, weil c. 5. zunächst und ausdrücklich gar nur von dem Falle spricht, wo der *status ingenuitatis* durch eine Diffamation angegriffen ward. Allein schon die ältesten Schriftsteller räumten der Provocation einen viel größeren Umfang ein [3]). Ohne zu unterscheiden, ob sich die Diffamation auf den persönlichen status, oder auf die Vermögensverhältnisse des Diffamirten beziehe, ließen sie die Provocation jedesmal zu, so oft sich jemand eines klagbaren Anspruches gegen einen andern gerühmt hatte [4]). Nicht einmal mit dem

---

[1]) Denn, wenn auch der Ausdruck, „diffamare" zuweilen im guten Sinne gebraucht wurde, so war doch die entgegengesetzte Bedeutung die gewöhnlichere, und in dem Zusammenhange, in welchem das Wort in der c. 5. C. De ing. manum. vorkommt, kann es schlechterdings nur von einer üblen Nachrede verstanden werden. *Brisson,* De V. S. voc. Diffamare. — Dieses ist auch nie bezweifelt worden. S. z. B. schon *Bartol. Blarer,* in leg. Diffamari C. etc. Basil. 1563. fol. cap. I. Nr. 2. „Diffamatio in malam partem accipitur."

[2]) Das Verbreiten, — unter die Leute bringen, — ist gerade das Wesentliche der Wortbedeutung von Diffamatio.

[3]) Schon die Glossatoren haben von der c. 5. cit. einen sehr freien Gebrauch gemacht, und sich auf dieselbe sogar in einem solchen Falle berufen, in welchem nicht einmal eine Diffamation vorkam. S. Gloss. ad c. un. C. 3, 7. (Ut nemo invitus etc.) „Sed solet quaeri etc."

[4]) *Blarer,* l. c. cap. I. Nr. 13. und cap. II. — *R. Maranta,* spec. aur. p. IV. Dist. 21. Nro. 1. et 2. „Si aliquis diffamaverit, *se habere aliquod jus* super bonis meis." — *Gaill.,* Obs. lib. I. Obs. 9. Nr. 2. — *Joach. Mynsinger,* Obs. Cent. V. Obs. 81. — *H. Vulteji,* Tractat. De jud. I. l. c. 5. Nro. 25.

in dem Begriffe der Diffamation liegenden Merkmale der Verbreitung wurde es genau genommen [5]), und die späteren Praktiker gingen in dieser Hinsicht so weit, daß sie es für hinreichend erklärten, wenn sich jemand auch nur unter vier Augen, oder in einem Briefe ein Recht oder eine Forderung anmaßte [6]). — Bei dieser Ausdehnung des Rechtsmittels konnte es an vielfachen Mißbräuchen nicht fehlen. Wirklich führten auch die Stände auf dem Reichstage zu Augsburg im Jahre 1530 deßhalb Klage, und es wurde den Commissarien der Auftrag ertheilt, die Beschwerden zu untersuchen und denselben abzuhelfen [7]). Allein, weder was in der C. G. Reform. von 1531 [8]), noch was ein Jahr später in dem Reichsabschiede von 1532 [9]), über den Gebrauch der lex Diffameri bestimmt wurde, war zu einer Abhülfe vollkommen geeignet. Abgesehen von den Vorschriften über die Competenzverhältnisse des Reichskammergerichts, so wie über die Nothwendigkeit einer vorläufigen causae cognitio (welche nicht unmittelbar hieher gehören) —

---

5) Schon Blarer sagt, mit Beziehung auf Baldus, „vel vulgo, vel in coetu, vel coram pluribus, vel *etiam coram paucis.*“ — Eben so Maranta a. a. O.

6) Leyser, Med. spec. 81. med. 2., welcher zwar selbst das Widerstreben des Sprachgebrauches anerkennt, aber mit dem Bemerken: „sed usus hoc diu immutavit.“ — Glück, Comm. Bd. VI. S. 485. Nr. I. — Weber, Beitr. zur Lehre v. Kl. und Einr. S. 29.

7) R. A. v. 1530. §. 93.

8) §. 35. „Daß Kammerrichter und Beisitzer nun hinfürter keinen Proceß ex lege Diffamari anders, dann aus Grund des gemeinen Rechten und cum aliqua causae cognitione solcher Diffamation halben erkennen oder ausgehen lassen sollen.“

9) Art. III. §. 2.

wurde nämlich in dem R. A. von 1532 nur verordnet, „die lex Diffamari soll an dem Kammergerichte gebraucht werden in friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen.“ Dieser Zusatz ließ aber immer noch einer willkürlichen Auslegung freien Spielraum [10]. Die C. G. O. von 1555 kam zwar neuerdings auf diesen Gegenstand zurück, und gab die Absicht, dem Gebrauche der Provocationen Schranken zu setzen, etwas deutlicher zu erkennen [11]; aber bestimmt genug war doch auch diese Vorschrift nicht [12], und noch weniger läßt

---

10) *Blarer*, l. c. c. l. Nr. 26. „propter generalem illam clausulam, quam Imperator adjecit: et *aliis* causis.“

11) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 25. „Demnach setzen und ordnen wir, daß lex Diffamari an dem Kammergericht verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchigen, Schmach und anderen dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis, oder in andere Wege dem andern Theil zum Nachtheil und Beschwerung beschehen.“ — Die im Drucke ausgezeichneten Worte kommen in dem R. A. von 1532 noch nicht vor. Wäre man übrigens bei dieser reichsgesetzlichen Vorschrift stehen geblieben, so hätte man die Provocation nur zur Erhebung einer Delictsklage, also nur gegen denjenigen zulassen können, welcher gegen jemand behauptet hatte, daß dieser gegen ihn einen Friedensbruch, eine Schmachhandlung oder ein anderes Vergehen begangen habe. Allein die Praxis hat diese Beschränkung nie beachtet. — Francke, im Arch. für civ. Prax. Bd. XVIII. S. 225.

12) Die meisten Cameralschriftsteller kamen zwar darin überein, daß bei dem Reichskammergerichte nicht wegen jeder Diffamation, sondern nur „in causis fractae pacis, atrocium injuriarum, *et similibus*, *quarum exitus ad turbationem pacis publicae et scandalum spectare posset*“ Processe erkannt werden sollen; — *Gaill.*, Obs. Lib. I.

sich eine solche Bestimmtheit in der neuesten Verordnung des J. R. A. über diesen Punkt entdecken [13]). Bei diesem Mangel klarer Normen, und da überdieß noch die Meinung herrschte, daß sich die verbindende Kraft der angeführten Reichsgesetze auf die Territorialgerichte gar nicht erstrecke [14]), blieb die prov. ex lege Diff. in der gemeinen deutschen Praxis fortwährend in ihrem alten Umfange stehen; und so wird auch jetzt noch einstimmig gelehrt, daß dieselbe gegen jeden zulässig sey, welcher aus was immer für einem Grunde ein Klagerecht gegen einen Andern behauptet. — Nur muß die Provocation gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet werden [15]), und der Diffamant darf sich nicht etwa selbst in dem Besitze derjenigen Sache befinden, auf welche er sich das Eigenthum anmaßt, weil der Besitz in der Regel von dem Beweise des Rechtstitels befreit, die

---

cap. 9. nro. 1, et cap. 10. nro. 1, 5 et 6. — *Mynsinger*, Obs. Cent. V. obs. 81. — *Blumen*, Proc. cam. Tit. 36. §. 14. et 15. — Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 252. — Allein es fehlte doch auch nicht an Rechtslehrern, welche sich auf die Worte der C. G. O. „dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung" beriefen, um zu beweisen, daß das remedium ex l. Diffamari latissimum et amplissimum sey, z. B. B. v. Kreittmayr in den annot. zum Cod. jud. bav. cap. 4. §. 5. lit. c.

[13]) Denn in §. 83 ist verordnet „es soll bei dem Gebrauche der lex Diffam. die Disposition sowohl der gemeinen Rechte als der Reichssatzungen in gute Obacht genommen werden." — Nach gemeinem Rechte wurde aber die ausgedehnte Anwendbarkeit dieser Provocation allgemein anerkannt. — Vergl. die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller.

[14]) *Blarer* l. c. cap. I. nro. 28. 29.

[15]) J. R. A. §. 83.

Provocation aber diese Beweislast auf den Provocaten wälzen würde [16]), und weil überhaupt nur der einen Andern zur Anstellung einer Klage provociren kann, welcher in Bezug auf diese Klage als der rechte Beklagte erscheint [17]). — Ob die Provocation auch dann stattfinde, wenn sich jemand einer Forderung sub die oder sub conditione rühmt, ist zwar bestritten; allein consequent sollte man sie auch in diesem Falle zulassen [18]).

---

[16]) *Schaumburg,* Princ. prax. lib. II. c. 61 §. 4. not.**** — *Leyser,* Med. spec. 81. med. 10. Glück, Comm. Bd. VI. S. 490. nro. III.

[17]) Francke im Arch. Bd. XVIII. S. 227 flg. Wenn sich jedoch jemand einer Servitut auf eine fremde Sache berühmt, so kann er ohne Unterschied, ob er sich im Besitze befindet oder nicht, von dem Eigenthümer provocirt werden. Ebendas. S. 235. — Ueber die Provocation zur Erhebung der Negatorienklage gegen den Eigenthümer. S. 236.

[18]) Denn die prov. ex lege Diff. wird gewöhnlich überhaupt als ein Mittel anerkannt, um nachtheiligen Gerüchten Einhalt zu thun; die Behauptung aber, daß man von jemanden sub die oder cond. etwas zu fordern habe, kann nach Umständen auf Credit und Ehre desselben allerdings auch nachtheilig einwirken. — Von selbst versteht sich jedoch bei einer Provocation dieser Art, daß — obwohl der Provocant der wirklich angestellten Hauptklage die Einrede des Zufrühforderns nicht entgegensetzen kann, weil er selbst durch die Provocation zur Anstellung derselben Veranlassung gab — doch der Provocat, auch wenn er in der Hauptsache gewinnt, nicht vor dem Eintritte der Zeit oder der Bedingung auf Execution dringen darf, indem er sich in dem Vortrage seiner Klage selbst nur ein jus futurum zugeschrieben hatte, und in der Provocation nur ein Verzicht auf das Späterstreiten, nicht auf das Späterzahlen enthalten ist. — Allerdings entsteht auf solche Art durch die Provocation vorläufig nur ein Proceß über die Anerkennung eines Rechtes; ja bei bedingten Ansprüchen kann sich sogar der

Auch läßt sich der von vielen, besonders ältern Rechtslehrern behauptete Satz, daß die prov. ex lege Diff. nur ein subsidiäres Rechtsmittel sey [19]), mit haltbaren Gründen nicht rechtfertigen [20]).

---

ganze Streit, wenn auch der Provocat in der Hauptsache siegt, hinterher als unnütz darstellen, insofern nämlich die Bedingung gar nicht eintritt; — allein hierin scheinen noch keine hinreichenden Gründe zu liegen, die Provocation für unzulässig zu erklären; denn die Durchführung eines Rechtsstreits ist deßhalb nicht schlechterdings untersagt, weil vorauszusehen ist, daß die Execution des Urtheils noch in suspenso bleiben muß (arg. fr. 40. D. 9. 2. ad Leg. Aquil.); was aber die Möglichkeit einer ganz nutzlosen Proceßführung bei bedingten Ansprüchen betrifft, so hat der Provocat den Anspruch auf Kostenersatz, welchen der Provocant auch dann zu leisten schuldig ist, wenn auch nachher die Bedingung wirklich nicht eintritt. — Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen: Kori, Theor. der sächs. summ. Proc. Jena 1823. §. 137. not. 5. — Martin, §. 255. not. k. Mittermaier, der gem. d. Pr. Beitr. IV. S. 264; vergl. jedoch S. 266. — Für die Zulässigkeit der Provocation in diesem Falle sind jedoch *Schaumburg*, l. c. lib. II. c. 6. §. 4. not.** — Süptitz, Lehrb. §. 13. nro. 2. — Glück, Comm. Bd. VI. S. 490.

19) *Berger*, Oecon. jur. lib. IV. Tit. 32. not. 1. — Danz, Grds. d. summ. Proc. §. 19. nro. IV. — Claproth, Einl. in die summ. Proc. §§. 270. 274. — Bülow und Hagemann, Prakt. Erört. Bd. IV. S. 37. — S. aber auch noch v. Gönner, Hdb. Bd. IV. nro. 73. §. 10.

20) Auch fr. 16. pr. D. De minor. enthält kein hinreichendes Argument dafür. — Seuffert, in den Blättern für Rechtsanw. Bd. I. S. 105. 109. S. darüber noch: Martin, §. 255. not. l. — Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 227. und vorzüglich Francke, im Arch. für civ. Prax. Bd. XVIII. S. 233 flg.

§. 54.

Fortsetzung.

Eine sehr bestrittene Frage ist, ob die prov. ex lege Diff. auch in dem Falle gebraucht werden könne, wenn sich jemand injuriöse, oder sonst nachtheilige Aeußerungen gegen einen Andern erlaubt, ohne sich dabei selbst einen klagbaren Anspruch gegen den Diffamaten zuzuschreiben? — Die ältere Praxis [1]), gestützt auf die Worte der Reichsgesetze [2]), war für die Bejahung derselben, obwohl das Unzweckmäßige dieser Ausdehnung nicht unbemerkt blieb [3]); und auch einige neue Proceßlehrer nehmen diese Ansicht noch in Schutz [4]). Da sich jedoch aus dem Zusammenhange

---

[1]) *Blarer*, l. c. cap. V. nro. 76 et 77. — *Mev.* Dec. I. 144. — *Hommel*, Rhaps. obs. 635.

[2]) R. A. v. 1532. Tit. III. §. 2. „Demnach setzen, ordnen und wollen wir, daß der lex Diffamari an unserm Kammergericht verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen u. s. w." — C. G. O. 1555. Tit. XXV. „in friedbrüchigen, Schmach und andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis, oder in andere Wege dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung geschehen." — Vergl. *Hommel* l. c.

[3]) So z. B. *Mev.* Dec. I. 144. — *Schaumburg*, Princip. lib. II. cap. VI. §. 4. not. ******

[4]) Weber, Beitr. zu der Lehre v. Kl. u. Einr. S. 28. — Martin, Lehrb. §. 256. not. a. — Gensler, Comm. II. S. 82. nro. 2. u. S. 87. lit. c. — Süptiz, Lehrb. S. 19. — Schweizer, über den Prov. Proc. S. 24. — Chop im Arch. für civ. Prax. Bd. XIII. nro. 17. — Aus dem legislativen Standpunkte: Frhr. v. Podewils in Frhr. v. Zu-Rhein Zeitschrift für Theor. u. Prax. II. S. 151 flg.

der hieher gehörigen Stelle der C. G. O. ganz unzweideutig ergibt, daß unter dieser Aufforderung immer eine provocatio ad *agendum* gedacht wurde [5]), wegen bloßer Injurien aber nur eine prov. *ad probandum* möglich wäre, so verdient gewiß die Meinung den Vorzug, daß wegen beleidigender [6]) Aeußerungen ohne Anmaßung eines Klagerechts die provocatio ex lege Diff. nicht stattfinde [7]), um so mehr, als beinahe immer der beabsichtigte Zweck dabei verfehlt wird [8]).

---

[5]) C. G. O. a. a. O. „auch nit anders, dann so die ansuchende Partey (also der Provocant) die in der Hauptsach Antwurter" (folglich wird auf Seite des Provocaten eine Klage vorausgesetzt). — Ferner: es soll dem Diffamanten eine genannte Zeit, seine Klag fürzubringen angesetzt werden." — Vergl. darüber besonders Mittermaier a. a. O. S. 258 flg.

[6]) Denn daß auch wegen nachtheiliger Ausstreuungen, welche nicht einmal eine wahre Injurie enthalten, eine Provocation zulässig seyn soll, ist schon aus andern Gründen nicht zu rechtfertigen. S. Morstadt zu Genslers Comm. II. S. 82. not. *

[7]) Thibaut, Pand. §. 1215. — Glück, Comm. VI. S. 486. — Mittermaier a. a. O. — Linde, Lehrb. §. 337. Daß übrigens die Provocation zulässig ist, wenn die Injurie zugleich eine Behauptung involvirt, in Folge deren der Diffamant gegen den Diffamirten auch gerichtlich klagen könnte, braucht kaum erinnert zu werden.

[8]) S. bes. Mittermaier S. 261 flg. — Läßt man übrigens nach der älteren Ansicht die Provocation auch wegen bloßer Injurien zu, so nimmt sie gewissermaßen die Natur einer eigenen Hauptklage an, welche insofern die Stelle der Injurienklage vertritt, als doch auch die Beschämung des Diffamanten durch die Auflage des ewigen Stillschweigens eine Art von Genugthuung für den Beleidigten ist. Eben deßwegen soll aber auch nach dem Diffamationsprocesse die eigentliche Injurienklage nicht mehr zugelassen werden, so

§. 55.

c. Gericht, bei welchem die Provocation anzubringen ist.

Da der Provocationsproceß die Erörterung und Entscheidung einer für sich bestehenden Streitfrage zum Gegenstand hat [1]), in Ansehung welcher der Diffamat als angreifender, der Diffamant als angegriffener Theil erscheint, und da der Zusammenhang dieser Streitfrage mit dem künftigen Hauptprocesse nicht von der Art ist, daß der Richter, um den letzteren füglich entscheiden zu können, auch die erste entschieden haben müßte [2]); so

---

wenig, als die act. injur. aestim. nach einem Injurienprocesse auf Widerruf. — Die gewöhnliche Meinung gestattet jedoch nicht nur die Anstellung der actio injur. nach geschehener Auflage der poena perpet. sil., sondern findet sogar in dem Provocationsprocesse eine zweckmäßige Vorbereitung zum Injurienprocesse. — Weber, Beitr. zur Lehre von ger. Kl. und Einr. S. 33. Vergl. *Schaumburg* c. l. lib. II. c. 6. §. 4. not. ****** in fin. Ja selbst die Cumulation der Provocation mit der Injurienklage hat einen Vertheidiger gefunden. — Quistorp, Rechtl. Bemerk. Th. II. Bemerk. 61.

[1]) Die Frage nämlich, ob der Diffamant schuldig ist, mit seiner Hauptklage jetzt schon sub poena perpet. sil. aufzutreten.

[2]) Denn für die Instruction und Entscheidung der Hauptsache ist es ganz gleichgültig, ob die Klage aus eigenem Antriebe, oder in Folge einer vorausgegangenen Provocation angestellt wurde. — Nur den Vortheil gewährte die Verhandlung beider Sachen vor demselben Gerichte, daß, — wenn etwa der Provocat, ungeachtet des ihm aufgelegten Stillschweigens, doch mit der Hauptklage auftreten würde, der Richter davon schon unterrichtet wäre. Allein dieser Grund ist nicht erheblich genug, um eine Abweichung von der allgemeinen

sollte eigentlich nach der allgemeinen Regel die Provocation bei dem Forum des Diffamanten angebracht werden[3]. — Allein die, freilich ganz falsche Ansicht, daß in der außergerichtlichen Diffamation eine Aufforderung zur Vertheidigung liege, und daß daher der Provocant als Beklagter bei Gericht auftrete[4], führte zu dem Satze, daß das Forum des Diffamaten für den Provocationsproceß das competente sey[5]. Diese Ansicht ist auch von den Reichsgesetzen angenommen worden[6],

---

Regel zu rechtfertigen. — Daß übrigens die Connexität beider Sachen nicht stark genug sey, um deßhalb schlechterdings die Verhandlung derselben vor dem nämlichen Gerichte fordern zu können, erkennt die gewöhnliche Ansicht selbst an durch den Satz: Provocation wirkt keine Prävention. S. die Note 8.

[3] *Voet.* Comm. lib. V. Tit. 1. §. 23.

[4] Schon die ältesten Praktiker vertheidigten diese Ansicht, z. B. mit Berufung auf Baldus, der schon öfter angeführte *Blarer* c. 4. nro. 7 seq. — *Mynsinger*, Obs. Cent. VI. obs. 90. „Diffamare est ad judicium vocare, ideoque diffamatus dicitur reus jam provocatus ad causam."

[5] Die früherhin auch wohl vertheidigte Meinung, als ob für die Provocation jedes Gericht zuständig sey, hat gar keinen hinreichenden Grund für sich. — *Schaumburg*, l. c. l. II. c. 6. §. 3. not. *** — Glück, Comm. Bd. VI. S. 494. Schmid, Hdb. III. S. 50. Vergl. eben das. unten und S. 51.

[6] C. G. O. 1555. Tit. 25. „Nicht anders dann so die ansuchende Partei (also der Diffamat) die in der Hauptsache Antwurter, der kays. Maj. und dem Reich ohne Mittel unterworfen;" und a. E. „wo aber der Diffamat dem Reich nicht ohne Mittel unterworfen, soll an unserm C. G. wider den Diffamanten, unangesehen, was Obrigkeit derselb unterworfen, kein Proceß erkannt werden." — Auf das Forum des Diffamanten wurde also nicht Rücksicht genommen. — *Pütter*, nov. epit. §. 129. — Glück,

und wird in der gemeinrechtlichen Praxis allgemein befolgt [7]. — Wenn übrigens hinsichtlich der Hauptsache mehrere Gerichtsstände gegen den Diffamaten begründet sind, so verliert der Provocat durch die bei Einem dieser Gerichte angebrachte Provocation das Recht nicht, die Hauptklage bei einem andern anzustellen. (Die Provocation wirkt keine Prävention.) [8])

Comm. B. VI. S. 493. — A. M. sind wegen §. 83. des J. R. A. Linde, Lehrb. §. 336. not. 10. — Gensler, Comm. II. S. 89. nro. 2. — Morstadt, Materialkrit. S. 306. nro. 2. — Lotz, civil. Abhandl. S. 162—174. — Allein in dieser Stelle findet sich nicht nur keine „ausdrückliche" Erlaubniß, die Provocation auch in dem persönlichen Gerichtsstande des Provocaten anzubringen, sondern diese Erlaubniß braucht auch zur Erklärung der Stelle nicht nothwendig vorausgesetzt zu werden. Chop, im Arch. für civ. Prax. Bd. XIII. S. 336—343. — Mittermaier, a. a. O. S. 270.

7) Glück, Comm. S. 493. not. 80.

8) Glück, S. 494 und die dort Angeführten. Wenn man übrigens die prov. ex lege Diff. auch wegen Verbalinjurien, oder wegen nachtheiliger Aeußerungen zuläßt, welche die Berühmung eines klagbaren Anspruches nicht enthalten, so muß man dieselbe an das persönliche Forum des Diffamanten verweisen, weil hier das judicium diffamatorium nicht eine Vorbereitung zu einem Hauptprocesse seyn kann, in welchem der Provocant Beklagter wäre, folglich der Grund hinwegfällt, weßhalb man sonst von der Regel abweicht. A. M. ist Schmid a. a. O. S. 48. not 2. Vgl. oben §. 54. not. 8. — Gensler, Comm. II. S. 69. nro. 1.

§. 56.

d. Von dem Beklagten.

Die Provocation ex lege Diff. kann immer nur gegen namentlich bezeichnete Personen [1]) und nie gegen die Erben des Diffamanten als solche [2]) gebraucht werden. — Ob dieselbe nur gegen den Urheber der Diffamation, oder auch gegen Solche stattfinde, welche die nachtheilige Aeußerung weiter verbreitet haben, ist eine Frage, die nur dann vorkommen kann, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß jenes Rechtsmittel auch wegen übler Nachreden zulässig sey, welche mit der Berühmung eines eigenen

---

[1]) J. R. A. §. 83. „es wären denn die Diffamanten in specie namhaft gemacht." A. M. scheint zu seyn v. Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 73. §. 3 und 13. S. aber dagegen Breidenbach, im Arch. für civ. Prax. Bd. III. Hft. 2. S. 344. not. 25.

[2]) Denn haben sie selbst die Diffamation nicht fortgesetzt, so wäre es ungereimt, ihnen die poena perpet. sil. auflegen lassen zu wollen; widrigenfalls werden sie aber nicht als Erben des Diffamanten, sondern selbst als Diffamanten provocirt. — Die Erben des Diffamaten können übrigens allerdings von dem Rechtsmittel Gebrauch machen, insofern der Anspruch, dessen sich der Diffamant gegen ihren Erblasser rühmte, auch gegen sie als dessen Successoren gerichtlich verfolgt werden könnte. Schmid, Hdb. III. S. 45 und 47. — Bei injuriösen Aeußerungen, — wenn man anders auch deßhalb Provocationen gestattet, — läßt sich der active Uebergang nur dann rechtfertigen, wenn die Diffamation erst nach dem Tode des Erblassers geschehen ist, und zugleich eine mittelbare Beleidigung des Erben selbst enthält. — Arg. Fr. 1. §. 4 u. 6. D. 47. 10. (De injur.) — Vergleiche über das Ganze Glück, Comm. Bd. VI. S. 496. nro. VII. und die dort Angef. — Weber, Beitr. zu der Lehre von den gerichtl. Klagen. I. Bd. Abh. 4.

Klagerechts nicht verbunden sind [3]). In diesem Falle dürfte sie aber richtiger dahin zu beantworten seyn, daß nicht nur der Urheber, sondern auch der Verbreiter der üblen Nachrede provocirt werden könne, weil es sonst leicht wäre, den Erfolg des Rechtsmittels fast jedesmal zu vereiteln [4]).

---

§. 57.

c. Verfahren.

Der Vortrag der Provocation hat nichts eigenthümliches, ausgenommen daß der Provocant die Diffamation bescheinigen [1]), und das Hauptgesuch dahin richten muß,

---

[3]) Denn erkennt man nur eine provocatio *ad agendum* als zulässig an, so versteht sich von selbst, daß sie gegen denjenigen nicht stattfindet, welcher nur erzählt, daß sich ein Anderer eines Anspruches gegen den Diffamaten gerühmt habe. Vergl. Schmid a. a. O. S. 46. not. 2.

[4]) A. M. ist *Mev.* Dec. VI. 371.

[1]) C. G. O. von 1555. Thl. II. Tit. 25. — J. R. A. §. 83. „es wäre denn die angegebene Diffamation noch vor der Ladung durch schriftliche, oder andere glaubliche Urkund und Anzeig etlichermassen beigebracht und erwiesen." — Beglaubigte Abschriften, und vor einem Notar aufgenommene Zeugenaussagen werden zur Herstellung dieser Bescheinigung jedenfalls für hinlänglich geachtet. — Die Zuschiebung des Haupteides hält man aber für unstatthaft, weil die Bescheinigung schon vor der Ladung beigebracht seyn soll. — Vergl. hierüber Glück, Comm. Bd. VI. S. 491. nro. IV. — Mittermaier, S. 273. — Ueber die legitimatio ad causam bei der Provocation zur Anstellung dinglicher Klagen s. Francke, im Arch. XVIII. S. 232 und 236. — Die hier aufgestellte Behauptung, daß der Legitimationspunkt immer

den Provocaten zur Anstellung seiner Klage[2]) binnen einer gewissen Frist bei Vermeidung des immerwährenden Stillschweigens aufzufordern. — Wenn der Antrag nicht an sich schon als verwerflich erscheint, so wird diesem Gesuche, unter Mittheilung der Provocation an den Imploraten, gewöhnlich sogleich jetzt schon entsprochen[3]). Zweckmäßiger aber ist es[4]), dem Provocaten die Schrift vorläufig nur zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer bestimmten Frist mitzutheilen[5]), und dem Provocanten davon Nachricht zu geben. Nach der Verschiedenheit des Erfolges richtet sich sodann das weitere Verfahren. —

---

auch sofort in dem Provocationsantrage schon bescheiniget werden müsse, geht jedoch weiter, als die Vorschrift der Reichsgesetze.

2) Wenn man auch Provocationen wegen Injurien, oder wegen übler Nachreden ohne Anmaßung eines Klagerechts zuläßt, so kann das Gesuch nur darauf gerichtet werden, den Provocaten sub poena perpetui silentii zum Beweise aufzufordern.

3) Danz, Grds. der summ. Proc. §. 25.

4) Denn, wenn der Implorat die Diffamation widerspricht, oder die Zulässigkeit der Provocation bestreitet, so muß doch die Verhängung der angedrohten poena perp. sil. verschoben werden. — S. J. V. Reingruber, Abh. Landshut 1814. S. 206. — Mittermaier, S. 273 flg. — Linde, §. 337. not. 6. — In bedingter Mandatsform kann übrigens allerdings die peremtorische Aufforderung ad agend. mit der zur Abgabe der Erklärung über die Provocation verbunden werden, insofern hier gewöhnlich die Bedingungen des bedingten Mandatsprocesses vorhanden sind. S. oben §. 16. — Martin, §. 256. not. f.

5) Die Beifügung des Präjudizes, daß sonst die Behauptung des Provocanten als wahr angenommen werden würde, ist allerdings zu empfehlen. — Mittermaier, S. 274. not. 87. — Linde, §. 337. nro. 3.

Stellt A) der Provocat die Hauptklage wirklich an[6]), so hat der Provocationsproceß ein Ende, und es beginnt ein neues Verfahren[7]), welches nach Beschaffenheit der Sache bald ein summarisches, bald das ordentliche seyn kann. — B) Läßt er die vorgeschriebene Frist verstreichen, ohne die Hauptklage anzubringen, und ohne auf die Provocation zu antworten, so wird ihm auf Antrag des Imploranten eine Zeit zur Anstellung der Hauptklage festgesetzt, unter Androhung der poena perpet. silent., welche nach dem fruchtlosen Ablaufe dieser Zeit und auf vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Provocanten in einem förmlichen Erkenntnisse ausgesprochen wird[8]). — C) Läugnet der Provocat binnen der anberaumten Erklärungsfrist die ihm zur Schuld gelegte Diffamation, oder bestreitet er die Zulässigkeit der Provo-

---

6) Sollte er sich hiezu nur erbieten, so müßte ihm eine Frist sub poena perpet. sil. anberaumt werden. Ueber den Einfluß der Provocation auf eine nachherige Aenderung der erhobenen Hauptklage s. Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. I. S. 256.

7) Bei Provocationen wegen Injurien oder übler Nachreden ohne Anmaßung eines Klagrechts läßt sich jedoch dieses eigentlich nicht behaupten, weil kein Rechtsstreit möglich ist, der bloß aus einer Beweisführung ohne Klage bestände.

8) Die Wirkung der förmlich erkannten poena perpet. sil. besteht bei der prov. ad agendum in dem gänzlichen Verluste des Klagerechts, sammt allen accessorischen Rechten. — *Leyser*, Med. spec. 81. med. 8. — Bei bloßen Provoc. ad probandum wegen Injurien, — wenn sie anders zulässig wären, würde es zweckmäßig seyn, sogleich in dem Urtheile schon auf den Contraventionsfall eine angemessene Strafe anzudrohen.

cation [9]), so wird hierüber auf die geeignete Art [10]) verhandelt, und nach dem Resultate der Verhandlung entweder der Provocant zurückgewiesen, oder der Gegner sub poena perpetui silent. ad agendum binnen einer bestimmten Frist aufgefordert [11]).

---

[9]) z. B. weil er sich im Besitze der Sache befindet, auf welche er sich das Eigenthumsrecht zugeschrieben hat.

[10]) Wenn der Provocat die Diffamation läugnet, so muß dem Provocanten durch ein Interlocut der Beweis aufgelegt werden, daß sie geschehen sey. J. R. A. §. 83. — *Schaumburg*, l. c. I. II. c. 6. §. 7. not. **

[11]) Bei bloßen Provocationen ad probandum wegen übler Nachreden würde auch noch die Frage zu beantworten seyn, wie es dann zu halten wäre, wenn der Provocat binnen der anberaumten Frist den Beweis seiner Behauptung angetreten, und denselben in der Folge auch vollständig geliefert hätte? — Hinsichtlich dieser Frage müßte, wie mir scheint, unterschieden werden, ob die Diffamation eine wahre Injurie enthielt oder nicht. In dem ersten Falle dürfte der Diffamant, ungeachtet des gelieferten Beweises der Wahrheit seiner Aeußerung, doch kaum berechtigt seyn die Injurie zu wiederholen, d. h. der Diffamat würde deßwegen, weil er nur auf den Fall der Unerweislichkeit um Auflage der poena perp. sil. gebeten, — doch von dem Gebrauche der Injurienklage nicht ausgeschlossen seyn, wenn der Provocat nachher die beleidigende Aeußerung neuerdings wiederholte. Denn wollte man das Gegentheil gelten lassen, so müßte man annehmen, daß aus einer Uebereinkunft, durch welche sich jemand den Beschimpfungen eines andern preisgäbe, für diesen letztern ein Recht entstehe, jenen wirklich zu beschimpfen. Diese Annahme ist aber aus dem Grunde nicht zu rechtfertigen, weil Verträge über Handlungen contra bonos mores keine verbindende Kraft haben. — In dem letzten Falle dagegen würde der Diffamant die nachtheilige Behauptung, deren Wahrheit er erwiesen, allerdings wiederholen dürfen. Denn die poena perp. sil. stünde nicht im Wege, weil sie eben des gelieferten Beweises wegen nicht

§. 58.

2. Provocatio ex lege: Si contendat.

a. Begriff und Unterschied von der prov. ex l. Diff.

Die Provocatio ex lege: Si contendat findet dann statt, wenn jemand mit seiner Klage so lange zurückhält, daß zu besorgen steht, es möchte durch Veränderung der Umstände eine die Sache selbst betreffende Einrede wider jene Klage verloren gehen [1]. In diesem Falle kann nämlich der Verpflichtete den Berechtigten gerichtlich dazu auffordern, daß er entweder binnen einer bestimmten Frist klagend gegen ihn auftrete, oder gewärtige, daß er derjenigen Replik für verlustig erklärt werde, welche aus dem längeren Aufschub der Klage und der Veränderung

---

aufgelegt werden konnte, und ein gesetzliches Verbot wäre hier nicht vorhanden, weil vorausgesetzt wird, daß die Aeußerung den Charakter einer Injurie nicht an sich trägt. Vergl. c. 5. C. 9. 33. — Walter, im neuen Archive des Crim. Rechts. Bd. VI. St. 2. S. 184. — In diesen Beziehungen zeigt sich recht augenscheinlich das Unzweckmäßige der Provocation wegen bloßer Beleidigungen und nachtheiliger Behauptungen. — Ueber den Kostenpunkt im Diffamationsprocesse s. Schmid, Hdb. III. S. 57 a. E.

[1]) Man sollte freilich glauben, daß sich ein Fall dieser Art gar nicht ereignen könne, weil in der Regel die Exceptionen durch Verjährung nicht erlöschen. Allein diese Regel ist nicht ohne Ausnahme, und dann ist nicht bloß von dem Untergange der Einreden durch bloßen Zeitablauf, sondern auch durch Veränderung der Umstände die Rede. S. die eben so klar und zweckmäßig, als vollständig und gewissenhaft gearbeitete Abhandlung von Dr. Adolph Martin, über den Begriff und die Begründung der s. g. prov. ex lege: Si cont. im Magazin für den gem. t. bürg. Proc. von Chr. Martin und Walch I. Bd. Hft. 3. S. 325. lit. a.

der Umstände gegen jene Einrede erwachsen könnte. — Hieraus ergibt sich von selbst, daß diese Provocation von der ex l. Diff. sowohl in Ansehung der Voraussetzungen[2]), als auch des Zweckes[3]) und der Folgen des Ungehorsams des Provocaten[4]) wesentlich verschieden ist.

---

[2]) Denn die prov. ex leg. Diff. setzt eine Diffamation voraus; bei der prov. ex leg. Si cont. aber ist es nicht nothwendig, daß sich der Provocat seines Anspruches rühmte.

[3]) Die prov. ex leg. Diff. kann wenigstens nach der Meinung einiger Proceßlehrer nicht bloß eine Aufforderung ad agendum, sondern auch ad probandum seyn (bei Injurien nämlich); die prov. ex leg. Si contendat dagegen läßt sich schon nach der Absicht, welche dem Gebrauche derselben zu Grunde liegt — Erhaltung einer Einrede — nur als prov. ad agendum denken. — Die Vorstellung, als wäre sie eine Aufforderung *ad replicandum*, ist durchaus falsch. Denn in der Hauptsache existirt ja zur Zeit, wo die Provocation angebracht wird, weder eine Klage noch eine Exception; eine Replik aber ohne vorausgehende Klage und Einrede ist ein Unding. — Von einer Einrede muß zwar allerdings in dem Provocationsvortrage Erwähnung geschehen; allein sie erscheint hier nicht in der Eigenschaft als Einrede, sondern als ein Theil des Fundaments der Provocation, also des Klagegrundes in diesem vorbereitenden Processe; und eben deßhalb kann man auch die etwaigen Einwendungen, welche hier der Provocat entgegensetzt, nicht Repliken, sondern nur Einreden im Provocationsprocesse nennen, obgleich sie vielleicht, in der Hauptsache angebracht, wahre Repliken wären. — Die neueren Proceßlehrer haben wohl auch alle die Unrichtigkeit dieser Vorstellung eingesehen, welcher es übrigens und zwar schon sehr frühzeitig gar nicht an Vertheidigern fehlte. Vergl. die oben angef. Abh. von Ad. Martin, §. 4. und §. 13. — Linde, Lehrb. §. 338. not. 5. — Süptiz, Lehrb. §. 16. not. 4. Mittermaier, der g. d. Pr. Beitr. IV. S. 276 und flg.

[4]) Wenn nämlich der Provocat im Diffamationsprocesse zurückbleibt, so trifft ihn die poena perpetui silentii, d. h. er

§. 59.

b. Ursprung dieser Provocation.

Auch für diese Provocation wollten die Glossatoren einen gesetzlichen Grund in einer Stelle des römischen Rechts, nämlich in dem fr. 28. D. 46. 1. (De fidejuss. et mandat.) finden [1]), nach deren Anfangsworten auch

---

verliert sein Klagerecht. Der Ungehorsam des Provocaten in dem Verfahren bei der prov. ex leg. Si contendat aber hat nicht den Verlust des Klagrechts, ja nicht einmal den Verlust **aller** Repliken, welche ihm gegen die Einrede zu Gebote stehen, die der Provocant zu retten wünscht, — sondern nur den Verlust derjenigen Replik allein zur Folge, welche er durch den Aufschub der Klage und durch die mittlerweile eingetretene Veränderung der Umstände gewonnen haben würde, wenn er nicht provocirt worden wäre. **Martin**, Lehrb. §. 257. — Ad. **Martin** a. a. O. §. 18. S. 345. Vergl. **Mittermaier** a. a. O. S. 280 bis 284. — **Linde**, Lehrb. 338. not. 6.

[1]) „Si contendat fidejussor, caeteros soluendo esse, *etiam* exceptionem ei dandam: Si non et illi soluendo sint. Das Wort „etiam" gab Veranlassung zur Annahme einer actio, um das beneficium divisionis gelten zu machen. — S. die Glosse zu jenem Fragmente: non solum poterit agi, ut fiat divisio, *sed etiam* etc. — *Bartol.* ad leg. 28. de fidejuss. Genau betrachtet sagt zwar die Glosse auch nicht, daß der Bürge den Gläubiger ad agendum provociren, sondern nur daß er durch eine Klage auf Theilung dringen könne, was gerade nicht nothwendig mit einer Aufforderung des Gläubigers zur Hauptklage zusammenhängt. Allein der Gerichtsgebrauch hat der angeführten Stelle nachher diese Deutung gegeben. — Daß übrigens der Sinn des Fragments ein ganz anderer ist, hat schon *Cujac.* in Comm. ad lib. 25. Paul. ad. edict. (Ed. Frcfrt. 1596. p. 418) gezeigt, und **Hugo** weil in der neueren Zeit doch wieder unrichtige Auslegungen zum Vorscheine gekommen waren (z. B. selbst in *Meister*

das Rechtmittel benannt worden ist. — Allein weder in dieser, noch in irgend einer anderen Stelle[2]) der Justinianischen Sammlung und eben so wenig im Canonischen Rechte[3]), oder in den deutschen Reichsgesetzen[4]) ist eine bestimmte Anerkennung dieser Provocation enthalten, welche daher lediglich auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte beruht[5]).

De falsa prob. proc. prov. ex jure Rom. Gotting. 1742), neuerdings in Erinnerung gebracht. Hugo, civ. Mag. Bd. I. Heft 3. Nr. 13. (2. Ausg. v. 1803. S. 98.) — S. Ad. Martin a. a. O. §. 8. Glück, Comm. Bd. VI. §. 533. b. Die Interpretation von Meister ist wieder vertheidigt von Schmid, Hdb. III. S. 61. not. 6.

[2]) Denn das fr. 28. cit. ist keineswegs die einzige Stelle, worauf man sich berufen hat, um dieser Provocation eine Begründung im R. R. zu verschaffen. Auch mehrere andere wurden zu diesem Zwecke benützt, und zwar in der Art, daß man sich sogar für berechtigt hielt die Anwendbarkeit der prov. ex leg. si contendat über den in dem vorigen §. angegebenen Fall auszudehnen. (S. §. 60.) Allein von allen diesen Stellen enthält keine Das, was man darin finden wollte. — Vergl. Ad. Martin a. a. O. S. 261. not. b. u. S. 280 bis 301.

[3]) Ad. Martin, S. 301 bis 306.

[4]) Nur die prov. ex leg. Diff. wird mehrmal in den Reichsgesetzen angeführt; die ex leg. Si cont. kommt nicht einmal dem Namen nach vor. Martin, S. 306. §. 10.

[5]) Der Vorwurf der Unzweckmäßigkeit kann diesem Gewohnheitsrechte wenigstens insofern nicht gemacht werden, als man die Provocation nur auf den Fall beschränkt, wenn durch Veränderung der Umstände eine die Sache selbst betreffende Einrede verloren gehen könnte. Anders freilich verhält sich die Sache, wenn man dieses Rechtsmittel auch wegen anderer Nachtheile, oder als provoc. ad agend. *coactertium* gelten lassen will. Ad. Martin a. a. O. S. 323 bis 333. Für ganz entbehrlich hält sie Mittermaier

§. 60.

c. Genauere Bestimmung der Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels.

Von vielen Juristen wird der Gebrauch der prov. ex leg. Si contend. nicht bloß auf den im §. 58 angegebenen Fall beschränkt, sondern außerdem auch noch dann zugelassen, wenn ein längerer Aufschub der Klage andere Nachtheile[1]), als den Verlust einer Einrede zur Folge haben könnte[2]). — Ja, Einige nehmen sogar an, daß diese Provocation nicht nur als ein Mittel benützt werden könne, um den Provocaten zur Klagestellung gegen den Provocanten selbst, sondern auch, um ihn zur Klagestellung gegen einen Dritten aufzufordern[3]). — Allein, was die erste Ausdehnung betrifft, so spricht nicht nur kein positives Gesetz dafür[4]), son-

---

Beitr. IV. S. 267 flg. Vergl. auch noch Gesterding im Arch. für civ. Prax. Bd. VII. S. 138 flg. Dagegen Mühlenbruch, Grdr. S. 249, und hierauf wieder Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. III. S. 420.

[1]) Z. B. Erschwerung der Vertheidigung für die Erben des Verpflichteten, wenn dieser besorgt, der Berechtigte werde mit der Anstellung der Klage bis nach seinem, des Verpflichteten, Tode zurückhalten. — Ein anderes Beispiel s. bei *Schaumburg*, lib. II. cap. 6. §. 9. not. ****** — *de Berger*, electa proc. provocat. th. 52.

[2]) Von den neueren Proceßlehrern erklären sich für diese Ausdehnung Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 285. — Danz, Grds. der summ. Proc. §. 33. — v. Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 73. Die älteren Vertheidiger dieser Meinung s. bei Ad. Martin a. a. O. S. 264 flg.

[3]) S. d. Anhänger dieser Ansicht bei Ad. Martin a. a. O. §. 5. S. 276.

[4]) Die Stellen, welche man dafür angeführt hat, sprechen theils nur von einem Zwange zur Vornahme einer Wahl,

dern es läßt sich auch für die Zweckmäßigkeit derselben

---

wie Fr. 6. D. 34. 5. (De opt. legat.); — theils von Abwendung einer Klage vor dem Ablaufe einer bestimmten Zeit, wie Fr. 28. D. 34. 3. (De libertat. legat.); theils von der Aufforderung eines sub conditione als Erbe eingesetzten servus zur Erfüllung der Bedingung binnen einer bestimmten Frist, damit die Erbschaftsgläubiger nicht zu lange hingehalten werden, — Fr. 4. pr. D. 42. 5. (De bon. auct. jud.); oder zwar von einer Aufforderung zur Geltendmachung klagbarer Ansprüche, aber doch nicht wegen eines besonderen Nachtheiles, welchen der Aufschub der Klage für den Beklagten haben könnte, c. 6. C. 8. 26. (De remiss. pignor.) — Am ehesten könnten noch hierher bezogen werden Fr. 3. §. 5. D. 37. 10. (De Carbonian. edict.) und c. 4. C. 5. 56. (De usur. pupp.) Allein die erste Stelle kann gar nicht von einer prov. *ad agendum*, sondern nur davon verstanden werden, ob die *causae* cognitio jetzt schon vorgenommen, oder aufgeschoben werden soll, weil das Carbon. edict. bereits voraussetzte, daß dem *impubes* der *status* streitig gemacht worden sey. Die c. 4. cit. aber enthält der wahrscheinlicheren Auslegung zufolge nur die Bestimmung, daß der Tutor durch die gerichtlich abgegebene Erklärung, er sey bereit, seinem ehemaligen Pupillen das zu zahlen, was er ihm schuldig sey, den Zinsenlauf unterbrechen könne; vorausgesetzt, daß der Pupill wiederholt, aber vergebens durch das Gericht aufgefordert worden, sich mit seinem Tutor zu berechnen. Dafür spricht auch die Ueberschrift des Titels, in welchem diese Constitution vorkommt. Gegen die Auslegung, als könnte der Tutor den Pupillen *ad agendum* provociren, und zwar bei Vermeidung des ewigen Stillschweigens, läßt sich nicht nur anführen, daß in der Stelle selbst keine Meldung davon geschieht, sondern auch, daß in dem Eingange der Verordnung vielmehr gerade das Gegentheil ausgesprochen ist. — In den Basiliken (cap. 4. De usur. pupill. 38. 17. Ed. Fabrot. T. v. pag. 189.) ist freilich am Schlusse der Stelle von dem Verluste des Klagerechts die Rede; allein die Basiliken haben keine gesetzliche Kraft für uns. S. über

kein haltbarer Grund anführen [5]). — Die Zulässigkeit einer provoc. ad agend. coa tertium läßt sich aber aus den dafür angestellten Stellen des Röm. Rechts nur insofern beweisen, als in dem Rechtsverhältnisse des Provocaten zu dem Provocanten folgeweise auch eine *obligatio ad agendum* coa tertium enthalten ist [6]). Davon abgesehen, und mit specieller Beziehung auf den Fall, für welchen man vorzugsweise diese Art von Provocation gelten machen will [7]), ist aber nicht nur das Röm. Recht nicht für, sondern vielmehr geradezu gegen die in Frage stehende Ausdehnung [8]). — Von einem gehörig

---

das Ganze Ad. Martin a. a. O. S. 280 bis 301. — Noch weniger als das Röm. Recht läßt sich das Canonische zur Rechtfertigung dieser Ausdehnung anführen. Martin a. a. O. S. 301 bis 306.

5) Denn, wenn jeder Nachtheil, welchen etwa die Verspätung der Klage für den Beklagten haben könnte, diesen zu einer Provocation berechtigte, so würde am Ende der Grundsatz, daß Niemand zum Klagen genöthiget werden könne, der Willkür des Beklagten preisgegeben seyn. — S. Dr. M. W. Breidenbach, im Arch. für civ. Prax. Bd. III. Heft 3. S. 327 bis 331. Schmid, Hdb. III. S. 64.

6) Fr. 13. §. 30. D. 19. 1. (De act. emt.) — Fr. 60. §. 5. D. 19. 2. (Locati.) — Fr. 2. §. 7. D. 14. 2. (De lege Rhod.) Fr. 8. §. 3. D. 33. 5. (De opt. leg.) — Fr. 2. §. 28. D. 43. 8. (ne quid in loco publ.) — Ad. Martin, S. 336 bis 341. Eine prov. ex l. si contendat im gewöhnlichen Sinne kann in Fällen dieser Art offenbar nicht angenommen werden, weil es weder auf die Erhaltung einer gefährdeten Einrede abgesehen ist, noch die in jenem Provocationsprocesse stattfindende Ungehorsamsfolge eintritt, wenn der Aufgeforderte gegen den Dritten nicht Klage stellt.

7) Nämlich, daß der Bürge den Gläubiger zum Klagen gegen den Hauptschuldner auffordern könne.

8) Fr. 62. D. 46. 1. (De fidejussor.) „Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad soluendam pecuniam com-

begründeten Gewohnheitsrechte kann übrigens bei der geringen Anzahl der Anhänger dieser Meinung ohnehin nicht die Rede seyn [9]). Bei dieser Beschaffenheit der Sache bleibt für die prov. ex leg. Si cont. nur noch der im §. 58 angegebene Fall übrig, und selbst in diesem Fall ist sie nur dann anwendbar, wenn a) die in Gefahr stehende Einrede die Sache selbst (die merita causae) betrifft [10]), und b) nicht etwa bloß die Beweismittel, sondern das Exceptionsrecht [11]) selbst mit der Ver-

---

pelleret, vel pignus distraheret, isque cessauerit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summouere? — Respondit non posse. Mittermaier a. a. O. S. 268.

9) Ad. Martin S. 343. — Schmid, Hdb. III. S. 59. not. 3.

10) Daß wegen solcher dilatorischer Einreden, welche sich bloß auf die Beschaffenheit des concreten Klagevortrages beziehen, keine Provocation stattfinde, leuchtet von selbst ein. — Eben so klar ist es, daß eine Provocation aus Rücksicht auf die jetzt noch anwendbare exc. pl. pet. temp. ungereimt wäre. Dessen ungeachtet darf man aber nicht die Regel aufstellen, das gedachte Rechtsmittel könne nur wegen peremtorischer Einreden gebraucht werden, weil allgemein anerkannt wird, daß man auch zur Erhaltung der exc. ordinis provociren könne, welche doch ihrer Natur nach nicht immer peremtorisch wirken muß, sondern zuweilen nur die Klagestellung gegen den Bürgen aufschiebt. — Daher hat man ganz richtig an die Stelle des Ausdruckes „perem. Einreden" den im Texte gebrauchten gesetzt. Glück, Comm. Bd. VI. S. 504. — Martin, Lehrb. §. 257. not. c. Ad. Martin a. a. O. S. 324 not. z. Indessen sind gleichwohl die Ansichten darüber noch immer sehr verschieden. Vergl. Schmid, Hdb. III. S. 62. not. 1.

11) Denn, wenn die Gefahr nur darin besteht, daß bei längerem Aufschube der Klage Beweismittel verloren gehen könnten, welche dem Beklagten jetzt noch zu Gebote stünden, so braucht er die prov. ex leg. Si cont. gar nicht, sondern er kann sich mit der probatio ad perpetuam rei memoriam

lustgefahr bedroht ist. Auch darf c) das Klagerecht des Provocaten nicht von einem Termin, oder von einer Bedingung abhängig seyn[12]).

---

§. 61.

d. Verfahren.

In dem geschichtlichen Theile des Provocationsantrages, — welcher nach gemein. Rechte eben so, wie die prov. ex leg. Diff. bei dem Forum des Provocanten, und nicht des Provocaten anzubringen ist[1]), — muß von dem Klagegrunde des Letzteren Erwähnung geschehen[2]) und zugleich gezeigt werden, daß, — wenn

---

helfen, einem Institute, welches ausdrücklich in den Quellen des gemeinen Rechts gebilligt ist, und der Regel, ut nemo invitus agere cogatur, keinen Abbruch thut. — Ad. Martin S. 321 nro. 2. — Gleichwohl ist von neueren Schriftstellern sowohl, als von den älteren, die Provocation auch in diesem Falle für zulässig erklärt worden, z. B. von Gensler, Comm. II. S. 84. — Ueber die älteren s. Ad. Martin, S. 270 bis 272.

12) Schmid, Hdb. III. S. 65. nro. 3.

1) Der bei der prov. ex leg. Diff. hiefür angegebene Grund (S. oben §. 55. not. 4.) paßt freilich hieher nicht, weil keine Diffamation vorausgesetzt wird. — Allein aus Rücksicht auf das präparatorische Verhältniß, in welchem dieser Provocationsproceß zu dem künftigen Hauptstreite steht, wo sodann der Provocant Beklagter wird, hat man die nämliche Regel in Ansehung des Gerichtsstandes auch hier angenommen. Nur diejenigen Schriftsteller, welche auch eine prov. ad agendum coa tertium anerkennen, gestatten die Anstellung der Prov. auch bei dem Gerichtsstande des Provocaten. — Glück, Comm. Bd. VI. S. 509 nro. V.

2) Aber ein Geständniß der Klage setzt die prov. ex leg. Si

die Klage jetzt schon angestellt würde, — derselben eine bestimmte Einrede entgegengesetzt werden könnte, daß aber bei längerer Verzögerung der Klage dieser Einrede Verlustgefahr drohe [3]. Das Gesuch wird dahin gerichtet, dem Provocaten eine Frist ad agendum zu bestimmen, mit der Drohung, daß diejenigen Einwendungen, welche etwa durch längeren Zeitablauf oder durch eine spätere [4]) Veränderung der Umstände gegen jene Einrede entstehen möchten, bei einer verspäteten Anbringung der Klage nicht mehr berücksichtiget werden würden [5]).

---

cont. keineswegs voraus, weil gemeinrechtlich die Behauptung, eine Einrede zu besitzen, auch neben der Abläugnung des Klagegrundes bestehen kann. — Mitermaier, S. 284 a. E. — Glück a. a. O. S. 503 nro. II.

3) Eine Bescheinigung der hiefür angeführten Thatsachen ist jedoch hier gesetzlich nicht vorgeschrieben, wie bei der prov. ex leg. Diff.

4) Denn, wenn die Replik, welcher der Provocant vorzubeugen wünscht, schon zur Zeit der gestellten Provocation begründet, — z. B. der Hauptschuldner schon damals insolvent war, als der Bürge den Gläubiger zur Erhaltung der ihm vermeintlich noch zustehenden exc. ordinis provocirte, so ist die Provocation ohnehin nutzlos. — Eine bereits entkräftete Einrede kann man durch dieses Rechtsmittel nicht wieder in das Leben rufen, sondern nur eine in Gefahr stehende retten.

5) Wenn einige Proceßlehrer das Präjudiz in Vorschlag bringen, daß „im Ungehorsamsfalle die von dem Provocanten vorgebrachte Einrede für immer wirksam erklärt werden würde" (S. z. B. Danz, §. 36. — Süptiz, §. 17.), so ist diese Androhung auf jeden Fall zu unbestimmt und zu allgemein; weil es ja nach dem in der vorigen Note Bemerkten allerdings vorkommen kann, daß ungeachtet der contum. des Provocaten die Einrede in dem künftigen Hauptprocesse doch als unwirksam verworfen werden muß. Nicht nach allen Seiten hin wird die Einrede gesichert, son-

— Dieser Antrag wird von Seite des Gerichts dem Provocaten vorläufig nur zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer gewissen Frist mitgetheilt. — Das Benehmen des Provocaten gibt sodann dem weiteren Verfahren die Richtung. — A. Stellt derselbe die Hauptklage wirklich an, wozu er aufgefordert worden, so ist der Provocationsproceß beendigt, und nun beginnt ein neues, selbstständiges Verfahren. — B. Bringt der Provocat Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Provocation vor [6]), so wird über dieselben auf geeignete Art verhan-

---

dern nur gegen die Verlustgefahr, die in dem Aufschube der Klage liegt. — Noch weniger zu rechtfertigen würde es seyn, wenn man in Folge des Ungehorsams die Einrede ohne weiters als erwiesen gelten lassen wollte. S. darüber Mittermaier, S. 280. — Diejenigen Rechtslehrer übrigens, welche diese Provocation auch bloß wegen einer dem Beweise der Einreden drohenden Verlustgefahr zulassen, müssen freilich für diesen Fall ein anderes Präjudiz vorschlagen, nämlich, daß der Provocant jetzt schon zur Beweisführung admittirt werden, und der ungehorsame Provocat im nachfolgenden Processe das Recht verlieren soll, Einwendungen gegen den Beweis zu machen. Danz, §. 36. — Süptiz, §. 17. — Allein hier zeigt sich, wie mir scheint, das Ueberflüssige der Provocation in diesem Falle neben der probatio ad perp. rei mem. am auffallendsten, da man zuletzt doch nur dazu gelangt, wozu man schon gleich anfangs durch einen einfachen Antrag auf jene prob. hätte gelangen können.

6) Z. B. daß die Einrede gar nicht begründet, oder jetzt schon durch eine Replik entkräftet sey. Denn allerdings gehören auch diese Einwendungen insofern in den Provocationsproceß, als die Aufforderung zur Klage nur durch eine Verlustgefahr für eine bestehende Einrede gerechtfertiget wird, folglich die Behauptung, welche im Hauptprocesse ihrem Inhalte nach eine Replik wäre, hier nur als Einwendung gegen die Zulässigkeit der Provocation erscheint. — Auch zu einem

delt, und nach dem Resultate der Verhandlung entweder die Provocation zurückgewiesen, und der Provocant in die Kosten verurtheilt, oder dem Provocaten nunmehr in Gemäßheit der Bitte des Imploranten eine peremtorische Frist ad agendum unter dem oben angeführten Präjudize bestimmt. — C. Läßt endlich der Provocat die ihm zur Abgabe seiner Erklärung gegebene Zeit verstreichen, ohne sich über die Zulässigkeit der Aufforderung zu erklären, und ohne die Hauptklage selbst anzustellen, so kann der Provocant gleichfalls darauf antragen, daß dem Gegner nun eine peremtorische Frist ad agendum unter obigem Rechtsnachtheile vorgesetzt werde[7].

Beweise der zu rettenden Einrede kann es im Provocationsprocesse kommen, ohne daß dieser um deßwillen seine Natur veränderte, weil das Daseyn einer Einrede zu dem Fundamente des Provocationsantrages gehört. Nur kann freilich das Urtheil in diesem vorbereitenden Verfahren auch nach vollständig geliefertem Beweise der Einrede nie weiter gehen, als darauf, daß die Provocation zulässig, und demnach Provocat schuldig sey, binnen bestimmter Frist bei Vermeidung des oben bezeichneten Rechtsnachtheiles mit der Hauptklage aufzutreten. A. M. ist Mittermaier, S. 279 Z. 20 v. o., welcher in dem Falle, wenn der Provocat die Einrede läugnet, denselben sogleich zur Anstellung der Klage verwiesen wissen will.

7) Läßt der Provocat diese Frist abermals unbenützt verstreichen, so wird auf vorgängiges Anrufen des Provocanten der angedrohte Nachtheil in einem Contumacial-Erkenntnisse ausgesprochen.

§. 62.

B. Possessorische Processe.

a. Begriff und Unterschied des s. g. Possessorium von dem Petitorium.

Besitz und Recht sind bekanntlich wesentlich verschieden, und es kann sich Jemand im Besitze einer Sache befinden, auf welche doch nicht ihm, sondern einem andern das Recht z. B. Eigenthum zusteht. — Da nun der Besitz durch eigene Rechtsmittel geschützt ist, so kann ein Proceß bloß über die Frage entstehen, wer Besitzer seyn, oder die aus diesem Verhältnisse entspringenden Vortheile genießen soll, — ohne Rücksicht darauf, ob ihm, oder sonst irgend Jemanden ein Recht auf die streitige Sache zukomme.

Einen Proceß dieser Art nun nennt man einen possessorischen, im Gegensatze zu dem s. g. Petitorium, in welchem über das Recht selbst gestritten wird [1]).

Hieraus ergibt sich, daß sich die Eintheilung in possessorischen und petitorischen Proceß nicht auf eine Verschiedenheit in der Verfahrungsart, sondern in der Streitfrage bezieht, welche den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung ausmacht.

---

§. 63.

b. Verfahren bei Besitzstreitigkeiten überhaupt.

Was das Verfahren in Besitzstreitigkeiten betrifft, so versteht sich von selbst, daß, — wenn die Bedingungen

[1]) Schmid, Hdb. III. §. 191.

einer irregulär summarischen Proceßart vorhanden sind [1]), — diese eingeleitet werden kann. — Aber auch außerdem eignen sich die possessorischen Processe, und zwar ohne Unterschied des Zweckes [2]), welcher dabei verfolgt wird, zur summarischen Verhandlung. Ob Dieses auch nach dem neueren [3]) Röm. Rechte der Fall war,

---

[1]) Z. B. die Bedingungen des unbedingten Mandatsprocesses, welche namentlich im Falle gewaltsamer Spoliationen, oder Besitzstörungen nicht selten eintreten.

[2]) D. h. ohne Unterschied, ob ein interd. adipiscendae, retinendae oder recuperandae possessionis angestellt worden ist.

[3]) Denn daß, so lange noch der ordo judiciorum privat. existirte, das Interdictverfahren wenigstens den Versuch enthielt, dem Streite so schnell wie möglich ein Ende zu machen, wird allgemein zugegeben. — S. v. Savigny über das Interdict quorum bonorum in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. VI. Heft I. u. II. S. 242. Ob man dadurch berechtigt werde, das alte Röm. Interdictverfahren überhaupt ein summarisches zu nennen, ist allerdings eine andere Frage, weil jener Versuch auch fehlschlagen konnte, und weil sodann, wie bei den Actionen, ein judicium constituirt wurde. Gaj. IV. §. 141. — Fr. 1. §. 2. D. 25. 5. (Si ventris nom.) von Savigny, Recht des Besitzes. 5te Auflage §. 34. S. 409. Da wir jedoch den bedingten Mandatsproceß auch summarisch nennen, obwohl er sich in ein ordentliches Verfahren auflösen kann, so läßt sich wohl gegen den Satz, der alte Interdictenproceß sey summarisch gewesen, kaum etwas anderes einwenden, als daß es überhaupt nicht räthlich sey, moderne Benennungen für altrömische Einrichtungen zu gebrauchen — S. Mühlenbruch, Entwurf S. 237. — Uebrigens folgt auch daraus, daß man auch im Interdictprocesse ad jus ordinarium verwiesen werden konnte, nicht nothwendig, daß nun das Verfahren auch eben so langsam war, wie sonst. S. v. Löhr, über das Int. quor. bon. im Arch. für civ. Pr. Bd. XII. Heft I. S. 97. nro. III.

ist zwar bestritten [4]), allein in Hinsicht auf das jetzige Recht wird es selbst von Denjenigen zugegeben, welche die summarische Verfahrungsart in den Interdictsfällen nach Röm. Rechte nicht annehmen [5]).

---

[4]) Gegen die summarische Natur des Interdictprocesses — zunächst nach älterem Röm. Rechte hatte sich v. Savigny schon in dem Rechte des Besitzes (5te Aufl. §. 34. S. 409. und Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. V. H. 1. S. 3.) erklärt. — Seiner Ansicht traten entgegen: Thibaut, im Arch. für die civ. Prax. Bd. X. Hft. 3. S. 456 flg. — Mühlenbruch, Entwurf S. 236 bis 238. — Zimmern, progr. quo sensu summarium voc. poss. interd. Rom. judic. Jen. 1828. — Die beiden zuerst Genannten dehnten ihre Behauptung, daß der Interdictenproceß ein summarischer gewesen sey, auch auf das neuere Röm. Recht, — nach Aufhebung der ordin. jud. aus. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 238 u. S. 252 ob. — Thibaut a. a. O. S. 467 flg. — Dadurch veranlaßt unterschied von Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 242 flg. die ältere und neuere Zeit vor und nach der Aufhebung der ord. jud., und suchte mit Rücksicht auf alle Momente, welche dieses Verfahren zu einem summ. hätten machen können, zu zeigen, daß dasselbe auch nach dem neueren Rechte eigentlich nicht summarisch genannt werden könne. — Gleichzeitig erklärte sich auch gegen Thibaut G. F. Puchta, in den Jahrb. der ges. deutschen jur. Lit. Bd. IX. Hft. 1. S. 1 flg. — Für das summarische Verfahren in Interdictsfällen, und zwar sowohl nach neuerem, als nach älterem R. Rechte hat endlich wieder das Wort geführt v. Löhr, im Arch. für die civ. Prax. Bd. XII. Heft. 1. S. 97 flg. — Zimmern hat seine in dem Programme vertheidigte Ansicht selbst wieder zurückgenommen in der Gesch. des Röm. Privatr. Bd. III. S. 223. not. 19.

[5]) v. Savigny, Zeitschr. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 258 u. S. 272. — Daß übrigens bei unseren Gerichten nicht Alles schnell geht, was in unseren Lehrbüchern summarisch genannt wird, ist allerdings wahr.

§. 64.

c. Von dem Verfahren bei Besitzstreitigkeiten, wo es auf Wiederlangung eines verlornen Besitzes abgesehen ist.[1])

Daß nach dem neuesten Röm. Rechte das Verfahren in solchen Streitigkeiten, wo es auf Wiedererlangung eines gewaltsam entzogenen Besitzes abgesehen war, ein summarisches in unserm Sinne genannt werden dürfe, ist ungeachtet der dagegen vorgebrachten Einwendungen doch immer noch das Wahrscheinlichere, wenn man auch dabei die singulären Abweichungen nicht in Anschlag bringt, welche bei der Verhandlung des interd. unde vi eintraten; nämlich daß a) die Legitimation zum Processe hier erleichtert war[2]), und daß b) die Appellation gegen das Urtheil keinen Suspensiveffect hatte[3]). Denn unverkennbar gebieten mehrere im Theod. und im Justinian. Codex enthaltene Constitutionen dem Richter eine beson-

---

[1]) Es ist hier nicht der Ort, auch von den materiellen Bedingungen der Anwendbarkeit des interd. unde vi oder der Spolienklage zu handeln. Hievon muß in den Vorträgen über das Civilrecht die Rede seyn. S. Schmid, Hdb. III. §. 194. — Daß bei der Darstellung des Provocationsprocesses diese Ausscheidung nicht gemacht wurde, hat seinen Grund darin, weil in den Lehrbüchern des Civilrechts über die Provocationen gewöhnlich gar nicht, oder doch nicht so ausführlich gehandelt wird, als über die possessorischen Interdicte.

[2]) Das int. unde vi kann nämlich nach der c. un. C. 8. 5. (Si per vim etc.) u. c. 3. C. 3. 6. (qui legit.) von den Angehörigen und Freunden des abwesenden Besitzers, — auch ohne Vollmacht, — ja selbst von servis desselben angestellt werden. — v. Savigny, in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft I. und II. S. 247.

[3]) c. un. C. 7. 69. (Si de moment. poss. etc.) Vergl. noch v. Savigny a. a. O. S. 247. not. 1.

dere Beschleunigung solcher Sachen [4]), und gerade hierin besteht das wesentliche Merkmal der Summarietät nach unserem jetzigen Sprachgebrauche. — Ob das Canonische Recht in der s. g. Spolienklage ein neues, von dem Röm. interd. unde vi verschiedenes Rechtsmittel eingeführt habe, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage [5]).

---

[4]) Wenn man auch die in mehrern Stellen vorkommenden Ausdrücke: „*momentum; momenti reformatio; m. actio; m. possessio*" c. 1. C. 8. 5. (Si per vim etc.) — c. 8. C. 8. 4. (Unde vi). — c. un. C. 7. 69. (si de mom. poss.) nicht nach Isid. V. 25. mit Thibaut (Arch. für die civ. Prax. Bd. X. Hft. 3. S. 466. not. 14.) u. A. auf das Verfahren, sondern nur auf den vorübergehenden Erfolg des Interdicts bezieht (v. Savigny a. a. O. S. 255 not. 1., und Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. III. Bd. S. 437. not. 6. a. E.); wenn man außerdem auch noch zugibt, daß die Worte: „mox audiri" in der c. 8. C. 8. 4. (Unde vi), nicht nothwendig von einer Beschleunigung der Verhandlungen selbst verstanden werden müssen, sondern daß sie auch den Sinn haben können, der Richter soll dergleichen Sachen vor andern vornehmen; so bleiben doch immer die Aeußerungen in c. 4. C. Th. 4. 22. (Unde vi) „celeri redhibitione consulere nec judicium dilatione suspendi" c. 5. C. Th. 2. 4. (De denunt.) „juris suffragium, quod in celeri reformatione consistit" und c. l. C. 8. 5. (Si per vim) „sine ulla cunctatione restituant" übrig, welche doch wohl am natürlichsten auf eine Beschleunigung des Verfahrens überhaupt gedeutet werden.

[5]) Vergl. darüber v. Savigny: Das Recht des Besitzes 6te Aufl. §. 50. *J. H. Boehmer J. E. P.* lib. II. Tit. 13. — Einige neuere Schriftsteller nehmen an, daß das Canonische remedium spolii aus germanischen Ansichten hervorgegangen sey, z. B. Mittermaier, der gem. d. Proc. Beitr. IV. S. 285 flg. — Linde, Lehrb. §. 345. Vor Allem wird man hiebei wohl unterscheiden müssen zwischen der materiellen (civilrechtlichen) und der bloß formellen Seite dieses Instituts (dem Spolienprocesse).

Auf jeden Fall haben nicht nur die Canonisten [6]), sondern

Daß in der ersten Beziehung das Canonische Recht wirklich eine Erweiterung der römischen Grundsätze über das interdict. unde vi bewirkte, ist nicht zu bezweifeln. Nur über den größeren oder geringeren Umfang dieser Erweiterung ist man nicht einig. — Vergl. v. Savigny a. a. O. S. 627 bis 630; und dagegen: Geiger in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde ꝛc. Bd. XIII. S. 270 bis 287. Daß diese Erweiterung durch die germanische Idee der Nothwendigkeit des schleunigen Schutzes jeder Gewehr im Falle der Entsetzung veranlaßt wurde, ist allerdings sehr wahrscheinlich (Mittermaier a. a. O. S. 301 flg.); allein die Behauptung, daß deßwegen das Canonische Recht das Römische Interdict als Anknüpfungspunkt aufgegeben, und ein neues, selbstständiges Rechtsmittel geschaffen habe, oder habe schaffen wollen, läßt sich nicht nur nicht beweisen, sondern hat sogar den Umstand gegen sich, daß das Canonische Recht selbst jenes Interdict ausdrücklich als Basis anerkennt (c. 15. X. De rest. spol.). — Vergl. noch v. Savigny, Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter Bd. II. S. 116. not. 104. a. E. — Dunker, in Reyschers Zeitschr. S. 102. Heerwart, in der Zeitschr. v. Linde XII. Bd. S. 173 flg. Was aber die rein formelle Seite, das Verfahren in Spoliensachen betrifft, so war ja der Grundsatz der Beschleunigung solcher Sachen schon im Röm. Rechte enthalten (s. die vorige Note), und besondere processualische Formen zur Erreichung dieses Zweckes, welche dem Röm. Rechte fremd gewesen wären und sich nur aus germanischen Elementen erklären ließen, finden sich bei der Durchführung der s. g. *actio* spolii nicht. (Von der *exceptio* spolii wird weiter unten die Rede seyn.) Man kann also nur sagen: der schon durch das Röm. Recht begründete Satz, daß Spoliensachen schleunig behandelt werden sollen, ist in seiner Anwendung durch die germanischen Ansichten über den Schutz der Gewehr gefördert worden. Dr. W. H. Puchta, über die gericht. Klagen. S. 183 flg. (Aufl. 2.)

[6]) J. H. Bœhmer J. E. P. lib. II. tit. 13. §. 4.

selbst die deutschen Reichsgesetze[7]) auch den Spolienproceß zu den summarischen gerechnet. Es scheint demnach, — was als bestehender Gerichtsgebrauch ohnehin allgemein anerkannt ist[8]) — auch gerechtfertiget werden zu können, nämlich daß possessorische Streitigkeiten dieser Art, wenn nicht etwa gar die Bedingungen des Mandatsprocesses vorhanden sind, wenigstens regulär summarisch zu verhandeln sind[9]).

---

§. 65.

d. Verfahren bei Streitigkeiten, in welchen es auf Erhaltung des Besitzes abgesehen ist *(interd. retin. possess.)*.

aa. Einleitung.

Das Verfahren bei Streitigkeiten über die Conservation des Besitzes bedarf um deßwillen einer ausführlicheren Erörterung, weil hier der in der Praxis so wichtige Doppelproceß, nämlich das s. g. possessorium summariissimum und ordinarium vorkommen kann, worüber noch immer zum Theil unrichtige und schwankende Ansichten bestehen. — Daß der Ursprung dieses zweifachen Verfahrens nicht in dem Röm. Rechte gesucht werden

---

7) C. G. O. Thl. II. Tit. 8. (Conc. Tit. 8.) und Thl. III. Tit. 3. §. 6.

8) v. Savigny, in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. S. 257.

9) S. Martin, Lehrb. §. 258. — Linde, Lehrb. §. 345. — Vergl. noch Heffter, Instit. S. 425 oben. — Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 337 flg.

könne, wird jetzt allgemein zugestanden [1]). Aber auch die Meinung, das poss. ord. sey durch das canonische Recht, das summariiss. durch die deutschen Reichsgesetze eingeführt worden [2]), ist unhaltbar [3]). Diese Abtheilung

---

[1]) Aeltere Schriftsteller haben allerdings versucht, auch das poss. summar. aus dem Röm. Rechte herzuleiten. S. v. Savigny, Recht des Bes. 5te Aufl. S. 580. not. I. (6te Aufl. S. 636. not. 3.)

[2]) *Klepe,* De nat. et ind. poss. ad interd.

[3]) Denn das poss. summar. war in der Praxis schon früher bekannt, ehe noch die Reichsgesetze davon Meldung machten. — *Durantis,* specul. lib. II. p. I. De petit. et possess. nro. 38. Diejenige Stelle des Canon. Rechts aber, in welcher man den Ursprung des poss. ord. finden wollte, c. 9. X. (De prob.) enthält der richtigen Auslegung zufolge nicht etwas neues, sondern nur eine Anwendung der römischen Grundsätze des interd. uti possid. auf einen besonderen Fall. — v. Savigny a. a. O. S. 589. (6te Aufl. S. 647.) — C. Albert, über das intert. uti possid. der Römer, als die Grundlage zur richtigen Erkenntniß des heutigen s. g. poss. summ. und p. ord. Halle 1824. §. 95. — Aus germanischen Rechtsansichten, insbesondere aus der Ansicht von dem Vorzuge des Alters im Besitze wird das c. 9. X. De prob., so wie das darauf gebaute possess. ordinar. erklärt von Mittermaier, der g. d. Proc. IV. S. 292. not. 31. S. 299. nro. 1 und S. 325. nro. 3. — Allein der Einfluß der germanischen Ansicht von dem Vorzuge des älteren Besitzes auf den Inhalt jener Stelle des Canonischen Rechts kann jedenfalls nur darin gefunden werden, daß sie das höhere Alter des Besitzes als eine juristische Vermuthung für die Fehlerfreiheit desselben gelten läßt (Mittermaier, S. 326 not. 170). Daß aber dem Papste dessen ungeachtet das römische interd. uti possid. bei dieser Stelle vorschwebte, ergibt sich schon aus den Worten derselben. Heerwart, in der Zeitschrift v. Linde. Bd. XII. S. 169 flg.

ist vielmehr ein Werk des Gerichtsgebrauches, welcher durch ein Mißverständniß des Canonischen Rechts insbesondere bei der Ausbildung des poss. ordinarii unterstützt worden ist [4]. — Die Entstehung derselben ist auf folgende Art zu erklären: Das Röm. Recht kennt in Bezug auf körperliche Sachen zwei remedia retinendae possessionis, nämlich das interd. uti possidetis, und das interd. utrubi, jenes für unbewegliche, dieses für bewegliche Sachen, von denen jedoch das letztere in der neuesten Zeit dem ersten gleichgesetzt worden ist [5]. Das interdictum uti possid. findet nur unter andern auch dann statt, wenn der Besitz einer Sache zweifelhaft ist, d. h. wenn zu gleicher Zeit mehrere Personen im Besitze der nämlichen Sache zu seyn behaupten [6]. In diesem Falle ist zu Gewaltthätigkeiten unter den Parteien die nächste Veranlassung gegeben, weil jeder Theil sich für den Besitzer, und die Besitzhandlungen des Gegners für Störungen und Eingriffe in seinen Besitz hält, folglich sich nach dem Grundsatze: licet vim vi repellere zur eigenmächtigen Vertheidigung berechtiget glaubt [7]. Die Nothwendigkeit, diese Gefahr so schnell wie möglich abzuwenden, mußte besonders in Deutschland zu der Zeit geführt werden, wo die Selbsthülfe noch zu den gewöhn-

---

[4]) Denn wenn es gleich nicht die Absicht des Papstes Innocenz III. war, in dem C. 9. X. cit. etwas neues zu verordnen, so läßt sich doch nicht läugnen, daß die meisten praktischen Schriftsteller dieses voraussetzten, und daß dieser Irrthum auf die Darstellung des poss. ordin. einen großen Einfluß hatte.

[5]) v. Savigny a. a. O. §. 37—40. — Albert a. a. O. §. 22.

[6]) Albert, §. 86 flg.

[7]) v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verfahrens. 4te Aufl. S. 412.

lichen Erscheinungen gehörte. Da nun aber die vollständige und gründliche Verhandlung des Röm. Interdicts, — zumal bei dem immer weitläufiger werdenden Processgange — einen nicht unbeträchtlichen Zeitaufwand erforderte [8]), so suchte man sich damit zu helfen, daß man im Falle eines streitigen Besitzes, um nur schnell einer öffentlichen Ruhestörung vorzubeugen, — zunächst bloß auf das jüngste factum possessionis sah, und diejenige von den streitenden Parteien vorläufig in Schutz nahm, welche die neueste Besitzhandlung für sich nachweisen konnte, ohne weiter zu untersuchen, ob ihr auch ein solcher Besitz zustehe, wie er nach Röm. Rechte zu dem Siege mit dem interd. uti possidetis vorausgesetzt wird. Erst dann, wenn durch diese provisorische Maßregel die Gefahr einer Gewaltthätigkeit beseitiget war, gab man einer gründlichen Erörterung der Frage Raum, auf welcher Seite der zu dem Siege mit dem Interdicte erforderliche, also auch fehlerfreie Besitz vorhanden sey.

Hierauf nun beruht die Unterscheidung zwischen dem posses. summariissimum oder momentaneum [9]), und dem p. ordinarium oder plenarium. In jenem wird

---

[8]) Denn es sollte ja nicht bloß untersucht werden, wer zur Zeit der Klagestellung im juristischen Besitze war, sondern auch ob dieser Besitz in Bezug auf den Gegner nicht vi, clam oder precario ausgeübt wurde.

[9]) Bei älteren Schriftstellern führt das summ. sehr verschiedene Namen, z. B. mandatum de manutenendo, Inicio de interim, recredentia u. s. w. — v. Savigny a. a. O. S. 579. not. 3. (6te Aufl. S. 636. not. 1.) — Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 292 — 296. — Für den in poss. summ. geschützten Besitz wurden auch die Ausdrücke: Fiduciaria oder depositaria possessio gebraucht.. *Gaill.*, obs. lib. I. obs. VII. — Ueber die Benennung: *summariissimum* und *ordinarium* s. v. Savigny, 6te Aufl. S. 644 not. 1.

nur das jüngste factum poss. untersucht, und darnach provisorisch der richterliche Schutz ertheilt; in diesem werden die Erfordernisse des interd. uti possidetis vollständig geprüft, und definitiv über den Besitzstand entschieden [10]).

Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich, daß die Entstehung dieses zweifachen Verfahrens nur durch die Nothwendigkeit veranlaßt wurde, der Gefahr einer Gewaltthätigkeit vorzubeugen; — daß folglich dieser doppelte Proceß nur bei dem Gebrauche eines remedii retinendae poss. [11]), ja auch hier nicht immer, sondern

---

[10]) S. v. Savigny a. a. O. §. 51 und 52. — Albert a. a. O. §. 95. not. 1. und §. 106. not. 2. — Schon *Gaill.*, l. c. stellt das Verhältniß des poss. summ. zu dem ordin. auf obige Art dar.

[11]) Denn bei remed. adip. sowohl. als recuper. poss. gesteht der Kläger zu, daß sich sein Gegner im Besitze befindet, und zeigt durch die Anstellung der Klage, daß er sich nicht eigenmächtig, sondern auf gerichtlichem Wege dazu verhelfen wolle. — Möglich ist es zwar allerdings, daß der Kläger auch in einem solchen Processe, wobei es ihm um Wiedererlangung eines verlornen oder um Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes zu thun ist, die Geduld verliert, und ohne den Ausgang abzuwarten, zur Selbsthülfe greift. Allein diese Möglichkeit ist bei einem jeden, auch petitorischen Processe vorhanden. — Die Veranlassung des poss. summ. lag in der Wahrscheinlichkeit eines gewaltsamen Auftrittes unter den Parteien, und diese tritt nirgendwo in so hohem Grade ein, wie in dem obenangegebenen Falle des interd. uti possid. — Wenn sich übrigens der Kläger im Laufe eines Spolienprocesses eine eigenmächtige Besitzstörung erlaubt, so tritt hiemit der Fall ein, in welchem sein Gegner wider ihn ein int. retin. poss. gebrauchen kann. — Sehr viel Unrichtiges über das Verhältniß possessorischer Processe überhaupt und insbesondere über die Fälle, in welchen ein poss. summar. getrennt von dem ordin. vorkom-

nur dann vorkommen kann, wenn gegründete Besorgniß einer gewaltsamen Selbstvertheidigung vorhanden ist [12]).

---

§. 66.

bb. Von dem poss. summar. insbesondere.

Die speciellen Erfordernisse des poss. summar. ergeben sich von selbst, sobald man der bisherigen Darstellung zufolge den Gesichtspunkt festhält, daß dasselbe die Verhandlung eines *remedii retinendae poss.*, aber freilich wegen der vorhandenen Gefahr von Gewaltthätigkeiten nur eine provisorische und soviel wie möglich abgekürzte Verhandlung ist. — Insofern nämlich der Fall eines Interdicts vorausgesetzt wird, kann 1) nur Der als Kläger auftreten, der den juristischen Besitz hat [1]). — Wenn dessen ungeachtet zuweilen ein bloßer Detentor in summariissimo geschützt, wird, so ist dieses nur eine Folge des Umstandes, daß wegen der nothwendigen Beschleunigung des Verfahrens eine genaue Untersuchung der Beschaffenheit des Besitzes nicht angestellt, und folglich

---

men kann, ist gesagt in Gönners Hdb. Bd. IV. Abh. 81. z. B. S. 424. lit. A. und 426. nro. 4.

[12]) Es kann sich allerdings ereignen, daß der Besitzer einer Sache zur Anstellung eines remed. retin. poss. genöthiget ist, ohne daß deßhalb eine Gewaltthätigkeit unter den Parteien zu besorgen steht. In diesem Falle wäre es zwecklos, der vollständigen Verhandlung des Interdicts ein summar. vorangehen zu lassen. v. Savigny, S. 585. (6te Aufl. S. 642.)

[1]) v. Savigny, S. 582. (6te Aufl. S. 639). — Auch Mittermaier a. a. O. S. 332. — Albert a. a. O. §. 43. flg.

der Richter in dieser Hinsicht leicht getäuscht werden kann [2]). — 2) Der Kläger muß zeigen, daß er sich noch gegenwärtig im Besitze befindet. Denn muß er selbst zugeben, daß er den Besitz gänzlich verloren hat, so kann er wohl von einem remed. recup., aber nicht retin. poss. Gebrauch machen, und folglich, weil das summar. nur bei Streitigkeiten der letztern Art vorkommen kann, auch in poss. summ. nicht auftreten [3]). Die Nachweisung des gegenwärtigen Besitzes wird aber dadurch bewerkstelliget, daß der Implorant anführt, er sey der letzte gewesen, welcher vor der Störung, die zur Klage Veranlassung gab, eine ruhige Besitzhandlung ausgeübt habe [4]). Auf denjenigen Act, bei dessen Aus-

---

2) v. Savigny, S. 582. (639.) — Mittermaier a. a. O.

3) Claproth, Einl. in sämmtl. summar. Proc. (3te Aufl.) S. 87. — v. Grolman, Theorie des ger. Verf. (4te Aufl.) S. 413. — Ueber die verschiedenen Formen, in welchen eine Besitzstörung vorkommen kann, s. Albert a. a. O. §. 36 flg.

4) Daß der jüngste Besitz oder vielmehr die neueste ruhige Besitzhandlung (Albert, S. 124 a. E.) hier als Anhaltspunkt zur provisorischen Regulirung des streitigen Verhältnisses dient, ist von den Praktikern allgemein angenommen. — *Mev.*, Dec. p. I. dec. 139. nro. 7. — *Boehmer*, Doctr. de act. Sect. II. c. 4. §. 14. *Schaumburg*, Princ. prax. jur. jud. I. II. c. IV. §. 3 et 4. — Claproth, Einl. in die summ. Proc. §. 36. — Danz, Grds. der summ. Pr. (3te Ausg.) §. 59. nro. III. — Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 10. nro. 7. — v. Grolman, Theor. des ger. Verf. S. 414. — Süptitz, Lehrb. §. 84. nro. 1. Mittermaier a. a. O. S. 333. nro. 3. Aeltere Schriftsteller sprechen zwar von der Nothwendigkeit einer provisorischen Verfügung im Falle einer ligitiosa possessio, ohne jedoch die jüngste Besitzhandlung als Grundlage dieses Provisoriums ausdrücklich anzuführen. S. z. B.

übung er mit seinem Gegner zusammentraf, kann er sich schon um deßwillen nicht berufen, weil diesen auch der Gegner als eine eben so neue Besitzhandlung für sich anführen könnte, folglich der Richter keinen Anhaltspunkt zur Entscheidung hätte [5]. — Mehr als eine ruhige Besitzhandlung braucht übrigens der Kläger nicht anzuführen [6]; aber diese muß auf bestimmte Art bezeichnet werden [7], so wie 3) die Störung, durch welche die Klage veranlaßt wurde [8]. 4) Aus der geschichtlichen Darstellung muß sich ergeben, daß es ohne eine provisorische Maaßregel leicht zu Gewaltthätigkeiten unter den Parteien kommen könnte [9]. Denn wenn die Störung

---

Durantis, spec. lib. II. partic. I. De petit. possess. et spol. nro. 38. — *Gaill.*, Observ. lib. I. obs. 5, 6 et 7. — *A. H. Vulteji*, tract. de jud. lib. I. c. 2. nro. 37.

5) Mev. Dec. VIII. dec. 449. — Danz a. a. O. — Süptiz a. a. O.

6) *Schaumburg*, l. c. §. 3. not. * — Süptiz a. a. O. not. 5. Mittermaier a. a. O. S. 333. nro. 3. Die Bestimmung einiger Proceßordnungen, daß nur der einjährige Besitz geschützt werden soll, z. B. Cod. jud. bav. c. III. §. 5. pr. s. auch *Schaumburg*, l. c. not. ***** scheint allerdings aus der Fortdauer älterer germanischer Ansichten erklärt werden zu müssen (Mitermaier a. a. O. S. 333. not. 202); allein auffallend ist, daß man diese Ansicht bei dem summariissimum geltend machte, während man sie doch bloß bei dem poss. ordin. erwarten sollte. — Vgl. Mittermaier, S. 293 bis 296. — v. Savigny, (6te Aufl.) S. 646. not. 2.

7) Claproth a. a. O. S. 83. — Süptiz a. a. O. nro. 1. not. 7.

8) Claproth, S. 87.

9) Daß diese Gewaltthätigkeiten zu „Empörung und Aufruhr" führen könnten, ist, wenigstens der Praxis zufolge, gerade nicht nothwendig, obgleich die C. G. O. Th. II.

gar nicht dazu geeignet ist, solche Besorgnisse zu erregen, so würde es offenbar zwecklos seyn, der ordentlichen und vollständigen Verhandlung des Interdicts dieses Verfahren vorangehen zu lassen [10]). 5) Das Gesuch geht in Gemäßheit des Zweckes eines remed. retin. poss. auf

---

Tit. 21. §. 3. ausdrücklich von solcher Gefahr spricht. Dr. W. H. Puchta über die ger. Klagen §. 61. a. E. not. d. und §. 62. S. 170 (Aufl. 2). Schmid, Hdb. III. S. 89. not. 3. (S. die nächste Note.) — Daher ist der Gebrauch des summariis. der Erfahrung gemäß doch nicht so ganz gering. — Vgl. Heerwart, in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. XII. S. 167.

[10]) Wenn übrigens die Gefahr einer Gewaltthätigkeit sehr dringend ist, so kann der Richter auch von Amtswegen, — ohne die Klage einer Partei abzuwarten, — einschreiten, und vorläufig entweder eine Sequestratiou anordnen, oder, wo dieses unthunlich ist, beiden Theilen die Ausübung des Besitzes verbieten. (Nur für den Fall zu besorgender öffentlicher Gewalt will die officielle Verfügung eines solchen Provisoriums zulassen — Schmid a. a. O. S. 92. not. 15.) — Nach dieser einleitenden Verfügung muß aber alsbald summarie erkannt werden, welchem Theile bis auf weiteres der Besitz zustehen soll. C. G. O. von 1555. Thl. II. Tit. 21. §. 3. „Ob auch in obberühmtem Falle (§. 1 und 2) zwischen den Parteien, die ohne Mittel dem Reich unterworfen, die Gewehr, Possession oder quasi aus redlicher Anzeigung zweifelich, und sorglich Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen: sollen Kammerrichter und Beisitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Parteien, oder für sich selbst *ex officio* die Possession zu sequestriren, oder aber der quasi Possession halben anstatt der Sequestration beiden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten; und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Proceß, oder andere weitläufige Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die Possession oder quasi einzugeben, oder zu inhibiren sey, sich derselben bis zu endlichem Austrag des Rechtens in possessorio

Schutz des Klägers im Besitze, auf Untersagung fernerer Störungen und zuweilen auch auf Leistung einer Entschädigung [11].

---

§. 67.

Fortsetzung.

Das nothwendige Streben nach Beschleunigung und die bloß provisorische Eigenschaft des poss. summar. bringen es dagegen mit sich, daß 1) von dem Imploranten kein vollständiger Beweis [1], sondern nur eine

---

oder petitorio zu enthalten. Und so das geschehen, soll alsdann solches keinen Theil an seinem Inhaben oder Besitz in Recht nachtheilig seyn." — Von diesem Falle spricht in gleichem Sinne auch schon *Durantis spec.* lib. II. partic. 1. De petit. poss. et spol. nro. 38. v. Savigny, Recht des Besitzes 6te Auflage S. 638. not. 1. und S. 636 not. 2., dann S. 643 not. 1. — Vgl. zu der angeführten Stelle der C. G. O. noch das Conc. Thl. II. Tit. 22. §. 4. und 5. — Der R. A. v. 1512, I. 4. §. 12. und die C. G. O. v. 1521. XXXII. 1. handeln wohl von dem Falle einer litig. poss., aber von dem summar. geschieht darin noch keine Meldung.

[11]) Claproth, §. 37. — Linde, Lehrb. 344.

[1]) Es entspricht der Natur und dem Zwecke dieses Verfahrens nicht, wenn einige Particularproceßordnungen (z. B. Cod. jud. bav. c. 3. §. 5. Nr. 4.) einen vollständigen Beweis fordern. — Das Conc. der C. G. O. Tit. XXII. §. 5. spricht nur von einer Bescheinigung, und die meisten Proceßlehrer stimmen auch damit überein. — Claproth, Einl. in sämmtl. summ. Processe §. 36. S. 87 a. E. — Danz, Grunds. der summ. Proc. §. 61. X. Nr. 1. — Süptitz, Lehrb. §. 86. — Thibaut, P. S. §. 319. — A. M. ist zwar Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 81. S. 464. — Da

Bescheinigung [2]) derjenigen Thatsachen gefordert

---

jedoch ohne eine dringende Gefahr dem summar. gar nicht Statt gegeben werden soll, im Falle einer solchen Gefahr aber die Herstellung eines vollen Beweises oft zu viel Zeit erfordern würde, so dürfte nach der Analogie des Arrestprocesses immerhin die entgegengesetzte Ansicht vorzuziehen seyn. — Verlangt man einen vollständigen Beweis, auch in einem solchen Falle, der wirklich zur Verhandlung in summ. geeignet ist, so wird nicht selten während dieses Verfahrens selbst wieder eine provisorische Verfügung nothwendig werden, was doch gewiß nicht zweckmäßig ist, da ja das summar. selbst nur ein Provisorium seyn soll. — Ueberhaupt ist die eigentliche Bedeutung des summar. von älteren Schriftstellern vielfach verkannt worden; und mit Recht bemerkt W. H. Puchta a. a. O. S. 173 „daß von dem superlativen Ideal jenes Rechtsmittels beinahe nur noch der Name übrig geblieben ist."

2) Um die hier erforderliche Bescheinigung zu liefern, kann sich der Implorant aller gewöhnlichen Beweismittel bedienen. Denn die Gesetze enthalten in dieser Hinsicht keine Beschränkung, und in der Natur und dem Gegenstande dieses Verfahrens liegt ebenfalls kein Grund, irgend ein Beweismittel gänzlich auszuschließen. — Am häufigsten werden allerdings Zeugen gebraucht; allein auch der richterliche Augenschein, ja selbst Urkunden (*Wernher*, Obs. I. Obs. 117.) und die Zuschiebung des Eides sind nicht schlechthin unzulässig. — *Schaumburg*, princ. prax. lib. II. C. IV. §. 8. Claproth a. a. O. S. 88. — Danz a. a. O. §. 61. X. Nr. 3 und 4. — Gönner, Hdb. Bd. IV. Abth. 81. S. 464 und 465. Süptitz, Lehrb. §. 86. — Die Bescheinigung durch Zeugen konnte bei dem Reichskammergerichte auch in der Art bewirkt werden, daß der Implorant die Zeugen vor der Anstellung der Klage von einem Notar vernehmen ließ und das hierüber verfertigte Notariatsinstrument der Supplik beilegte; ein Gebrauch, welcher zwar bei dem R. C. G. besonders zweckgemäß erschien (Gönner a. a. O. S. 457), aber deßhalb doch auch bei andern deutschen Gerichten nicht unzweckmäßig genannt werden kann. — Insofern

wird, welche zur Begründung seiner Klage gehören [3]; — daß ferner 2) keine Exception in diesem Verfahren berücksichtiget wird, welche nicht sofort liquid ist [4]), — selbst diejenigen Einreden nicht ausgenommen, welche die jüngste Besitzhandlung des Imploranten als

---

übrigens der Implorant den unbedingten Mandatsproceß eingeleitet wissen will, kann er sich freilich solcher Bescheinigungsmittel nicht bedienen, welche dem Richter ohne weitere Verhandlungen die Behauptungen des Klägers nicht einmal wahrscheinlich machen können.

3) Sehr zweckmäßig, — und, wenn man den unbedingten Mandatsproceß begründen will, sogar nothwendig ist es, die Bescheinigung sogleich mit dem Klagevortrage zu verbinden. Schaumburg, l. c. §. VI. not. **** Mittermaier a. a. O. S. 334 nro. 4.

4) Nur solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nullität zur Folge haben würde, z. B. die gerichtsablehnenden, müssen auf jeden Fall zugelassen werden, selbst dann wenn sie nicht sogleich liquid wären. — Claproth a. a. O. §. 41. — Danz, §. 61. VIII. — Süptitz §. 85. Nr. 1. — Linde, §. 344. Nr. 3. — Die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, welche gleichfalls nicht ausgeschlossen werden darf, wird sich ohnehin schon durch die eigene Geschichtserzählung des Imploranten liquidiren, wenn sie wirklich begründet ist. Ob auch die exceptio spolii gehört werden soll, ist zwar bestritten (*Leyser*, med. sp. 506. med. 1. — Mittermaier a. a. O. S. 335. Nr. 7. not. 208.); allein der Natur und dem Zwecke des poss. summar. scheint es mehr zu entsprechen, wenn man diese Einrede ausschließt. A. M. ist Schmid, Hdb. III. S. 92 not. 16. — Daß übrigens peremtorische Einreden, zumal solche, welche sich auf das petitorium beziehen, hier nicht zuzulassen sind, ist allgemein angenommen. — Martin, §. 259 not. h. — Einreden, welche das Recht selbst betreffen, werden selbst dann zweckmäßiger zurückgewiesen, wenn sie auch wirklich schnell liquidirt werden könnten. Mittermaier a. a. O. S. 335. Schmid a. a. O. S. 84. not. 23.

fehlerhaft (vi, clam oder precario ausgeübt) darzustellen suchen [5]); 3) daß ein gegen den richterlichen Ausspruch (das s. g. Manutenenzdecret) in poss. summar. eingelegtes ordentl. Rechtsmittel keinen Suspensiveffect hat [6]), dem hier unterliegenden Theile aber unbenommen ist, nicht nur petitorio, sondern auch in possessorio ordinario als Kläger aufzutreten [7]).

Was die Form des Verfahrens bei Streitigkeiten über den jüngsten Besitz betrifft, so wird, — wenn anders der Implorant die jüngste Besitzhandlung von seiner Seite, die Störung von Seite seines Gegners, und die dadurch verursachte Gefahr von Gewaltthätigkeiten sogleich bei der Anstellung der Klage schon hinreichend bescheiniget hat [8]), —

---

[5]) *Leyser*, med. sp. 508. med. IV. und V. — *Boehmer*, J. E. P. lib. II. Tit. 12. §. 7. Dr. Wolfg., H. Puchta, über die gerichtl. Klagen u. s. w. (2te Aufl. §. 63.)

[6]) Eigentlich sollte gegen diesen Ausspruch gar kein Rechtsmittel zugelassen werden. — v. Savigny, Recht des Besitzes 5te Aufl. S. 651. — Nicht dagegen ist c. un. C. Si de mom. poss. fuerit appell. (7. 69.) — Ueber die Auslegung dieser Constitution s. übrigens vorzüglich C. Albert über das interd. uti possid. §. 139 bis 144 und Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 5. flg. — dann IV. Abh. 81. §. 12. — Vgl. *Schaumburg*, l. I. c. lib. II. cap. IV. §. 11. — Claproth a. a. O. §. 52. Danz a. a. O. §. 63. not. e. — Martin, §. 259. not. i. — Mittermaier, S. 337. nro. 10.

[7]) C. G. O. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 3. „Sich derselben „(der Profession) bis zu endlichem Austrag des Rechtens „*in possessorio* oder petitorio zu enthalten." — Martin, Lehrb. §. 259. not. k.

[8]) Wenn der Implorant seine Behauptungen nicht sogleich bei der Anstellung der Klage schon hinreichend bescheiniget hat, so bleibt freilich nichts anderes übrig, als den regulär summarischen Proceß einzuleiten. — Allein auch in diesem Falle soll das Verfahren so viel wie möglich beschleuniget,

immer der unbedingte Mandatsproceß anwendbar seyn [9].

---

also namentlich kein Schriftenwechsel gestattet, sondern ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt werden. Sollte auch in diesem Termine die Sache nicht zu einem Manutenenzdecrete reif werden, und der Richter aus den wechselseitigen Vorträgen der Parteien die Ueberzeugung schöpfen, daß es noch vor der Erlassung dieses Decrets zu gewaltsamen Auftritten kommen könnte, so dürfte ohne Zweifel einstweilen selbst von Amtswegen eine Sequestration verfügt, oder eine Temporalinhibition an beide Theile erlassen werden. — C. G. O. a. a. O. — Schaumburg, l. c. §. 6., Gönner, Hdb. Bd IV. Abh. 81. §. 24. — Gensler, Comment. Bd. II. S. 98. lit. b. — Mittermaier a. a. O. S. 334. nro. 5. Vergl. hierüber W. H. Puchta a. a. O. S. 170 bis 172. Zum Theile a. M. ist Schmid a. a O. S. 92. not 15. s. oben §. 66. not. 10. — Da übrigens das inter. uti possidetis deßwegen, weil in summar. darüber verhandelt wird, die Natur eines judic. dupl. nicht ablegt, so muß es auch dem Imploraten erlaubt seyn, eine noch jüngere Besitzhandlung für sich anzuführen, als auf welche sich der Implorant berufen hat; und wenn er diese gehörig zu bescheinigen im Stande ist, so muß vorläufig er im Besitze geschützt werden. — Claproth a. a. O. §. 44 und §. 49. — v. Grolman, Theor. des gerichtl. Verf. S. 414.

9) Die Einwendung, daß der unbedingte Mandatsproceß der Natur eines judic. dupl. widerspreche, ist nicht gegründet, weil es dem Imploraten, wenn er eine noch jüngere Besitzhandlung für sich anführen und bescheinigen kann, — freisteht, das Mandat als erschlichen darzustellen und nicht nur die Aufhebung desselben, sondern auch einen Manutenenz-Befehl zu seinem Vortheile zu erwirken. Ueber die Frage, wie es mit den Kosten des Verfahrens über den jüngsten Besitz gehalten werden soll, finden sich bei den praktischen Schriftstellern die verschiedensten Meinungen. Vgl. Gensler, Handb. I. S. 389 bis 395 (Aufl. 1). — Unterliegt der Implorant in summar., weil er seinen Antrag nicht zu begründen vermochte, so ist derselbe wohl

§. 68.

cc. Von dem *poss. ordinarium* *).

Das possess. ordinarium ist nichts anderes, als die vollständige Verhandlung des interd. uti possidetis. Auch hier wird also, wie in dem summar. auf den gegenwärtigen Besitz gesehen; — nur wird zugleich untersucht, ob dieser Besitz auch fehlerfrei sey [1]), d. h. ob derselbe nicht in Beziehung auf den Gegner vi, clam, oder precario ausgeübt werde. — Auf das höhere Alter des Besitzes, oder wohl gar auf die Nachweisung des Rechtstitels kommt aber zunächst nichts an. Denn die Nachweisung des Rechtstitels gehört in das petitorium; die Ansicht aber, daß in poss. ordin. der ältere Besitz als solcher den Vorzug vor dem jüngern haben soll, steht offenbar im Widerspruche mit der

auch sofort in die Kosten dieses Verfahrens zu verurtheilen; siegt er aber in dem Streite über den jüngsten Besitz, so kommt es darauf an, ob die Rechtswidrigkeit der erlittenen Störung jetzt schon außer Zweifel ist oder nicht. In dem ersten Falle wird der Implorat auch sofort zum Ersatze der Kosten condemnirt; in dem letzten Falle hingegen bleiben die Kosten so lange ausgesetzt, bis in posses. ordin. oder in petitor. erkannt wird; und wenn hier der in summar. geschützte Theil unterliegt, und kein Grund zur Compensation vorhanden ist, so muß er auch zum Ersatze der dem Gegner in summar. verursachten Kosten verurtheilt werden, sofern sich nicht aus den späteren Acten unzweideutige Beweise seiner bona fides in jenem Vorstreite ergeben. Das Nähere bei Gensler a. a. O.

*) Schmid, Hdb. III. §. 192.

1) Allerdings kann zwar auch in poss. summar. auf die vitia possess. Rücksicht genommen werden, allein nur dann, wenn die darauf Bezug habende Einrede sogleich liquid ist. Im poss. ordin. dagegen ist auch die Illiquidität kein Hinderniß der Zulässigkeit solcher Einreden.

Natur des interd. uti possid.[2]), welches nur zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes eingeführt ist.

Wenn jedoch durch das beiderseitige Vorbringen der Parteien zweifelhaft geworden ist, welche von ihnen sich in dem gegenwärtigen fehlerfreien Besitze befinde[3]), so dürfen auch Vermuthungen zu Hülfe genommen werden, und in dieser, aber auch nur in dieser Hinsicht ist im Canonischen Rechte auch auf das Alter des Besitzes, und auf den Beweis des Rechtstitels ein Werth gelegt. — Weil nämlich 1) wenn eine Partei schon früher im Besitz war als die andere, und den Besitz bis jetzt fortsetzte, die von der Gegenpartei ausgeübten Besitzhandlungen nur als gewaltsame oder heimliche Störungen und Eingriffe angesehen werden können, indem eine possessio duorum in solidum nicht stattfindet; — und weil eben so, 2) wenn ein Theil einen Rechtstitel nachgewiesen hat, der andere nicht, ein fehlerfreier juristischer Besitz auf Seite des letzteren höchst unwahrscheinlich ist; —

---

[2]) Denn wenn bloß das Alter des Besitzes allein den Ausschlag gäbe, d. h. wenn derjenige, welcher nur darthun könnte, daß er schon vor seinem Gegner und zwar längere Zeit, als dieser nach ihm im Besitze der streitigen Sache gewesen sey, ohne zugleich die Fortsetzung dieses früheren Besitzes bis jetzt behaupten zu können, die Oberhand behielte, so wäre das poss. ordin. ein remedium *recuper.* possess., während doch außer Zweifel ist, daß dieses Verfahren nur bei interd. retin. poss. stattfindet. F. A. Hommel (Diss. de proc. poss. summ. Lips. 1748) erklärt das ordin. wirklich für ein remed. recuper. poss. — S. v. Savigny, (6te Aufl.) S. 646 not. 2. — Heerwart, in der Zeitschrift v. Linde, Bd. XII. S. 170.

[3]) Diese zweifelhafte Lage tritt namentlich dann ein, wenn von beiden Theilen eine Reihe von Besitzhandlungen angeführt wird, welche aber wechselseitig als vitios z. B. als heimlich ausgeübt bestritten werden.

so wird in dem Falle des cap. 9. X. de prob. (2. 19) für den älteren und auf einem erwiesenen Rechtstitel beruhenden Besitz entschieden.

Das Alter und der Titel des Besitzes bilden daher keineswegs die unmittelbare Grundlage der Klage in poss. ordin., sondern kommen nur als Momente zur Begründung eines mittelbaren, künstlichen Beweises (durch Präsumtionen) *) für die Fehlerfreiheit eines gegenwärtigen Besitzes in Betracht [4]), — und zwar auch in dieser Eigenschaft nur dann, wenn jede Partei eine Reihe von Besitz-

---

*) Diese Präsumtionen müssen aber allerdings als Rechtsvermuthungen anerkannt werden. — Mittermaier, S. 326. not. 170. — Die Veranlassung dazu, daß man insbesondere auch das höhere Alter des Besitzes als einen rechtlichen Vermuthungsgrund für dessen Fehlerfreiheit gelten ließ, mögen allerdings germanische Rechtsansichten gegeben haben. — Mittermaier a. a. O. S. 291 und 292. In einigen Ländern ist auch jetzt noch die Anstellung der Besitzklage durch einjährige Dauer des Besitzes bedingt. v. Savigny, S. 646. not. 2. — Mittermaier, S. 292 und 296. — Vergl. G. Phillips, Grds. des g. d. Privatrechts Bd. I S. 432 (2te Aufl.).

[4]) Dieses ergibt sich nicht nur aus dem Umstande, daß die angeführte Entscheidung des Papstes Innocenz III. in dem Titel: De probationibus vorkommt, sonden auch aus den dieser Entscheidung vorausgeschickten Gründen selbst. Denn ausdrücklich heißt es: Per quod patet, quod si commune Fauent. a. L. annis (et) citra, sicut videntur testes eorum deponere, aliqua servitia in locis perceperit supra dictis, *illa procul dubio sine justo titulo percipere incepit, cum duo insimul eandem rem et eodem modo in solidum possidere non possint*" und später wieder „cum ergo constet, Fauentin, ab eo tempore, quo se possedisse probare contendunt, *minus juste*, ac sine titulo aliqua in praedictis locis *temeritate propria* occupasse etc."

handlungen für sich angeführt und dadurch die Entscheidung der Frage, welche von ihnen sich in dem gegenwärtigen, fehlerfreien Besitze befinde, zweifelhaft gemacht hat [5]).

Obgleich nun Dieses der wahre Sinn der angeführten Stelle des Canonischen Rechtes ist [6]), so haben doch die meisten älteren Praktiker [7]) ein eigenes, dem Röm. Rechte unbekanntes Rechtsmittel daraus abgeleitet, welcher gewissermaßen ein Mittelding zwischen possess. und petitor. bilden, und auf dem Grundsatze beruhen soll, daß, so wie im summar. der jüngste, wenn auch unrechtmäßige, so hier nur der ältere und rechtmäßige (pessessio antiquior et titulata) geschützt werde; eine Ansicht, welche ungeachtet ihrer Unrichtigkeit doch selbst in mehrere Proceßordnungen übergegangen ist [8]).

---

5) Denn gerade ein Fall dieser Art wird in dem Cap. 9. De prob. vorausgesetzt. Wenn eine Partei den gegenwärtigen fehlerfreien Besitz direct nachzuweisen vermag, so ist es nicht nothwendig, jene aus dem Alter und dem Rechtstitel abgeleiteten Präsumtionen zu Hülfe zu nehmen.

6) Vergl. darüber besonders v. Savigny, Recht des Bes. 5te Aufl. S. 586 flg. (6te Aufl. S. 644 flg.) — Albert a. a. O. §. 95.

7) *J. H. Boehmer*, J. E. P. lib. II. Tit. XII. §. 7. (possessio antiquior et qualificata.) — *Leyser*, med. sp. 499 med. 6 et 7. – Claproth a. a. O. §. 235. — Danz a. a. O. §. 58. — Gönner im Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 15. S. 439 vergleicht, gestützt auf die gewöhnliche Ansicht der Praxis, das poss. ordin. mit der Publiciana actio.

8) Z. B. in dem Cod. jud. bav. cap. 3. §. 4. in annot. lit. a., wo wenigstens das Alter des Besitzes als ein nothwendiger Bestandtheil des Klagegrundes in poss. ordin. angeführt ist.

§. 69.

Fortsetzung.

Aus der bisherigen Darstellung ergeben sich folgende nähere Bestimmungen:

I. Das Urtheil in poss. ordinar. enthält nicht, wie das s. g. Manutenenzdecret in summar. eine bloß provisorische Verfügung, sondern ist als Definitiverkenntniß über den Besitzstand zu betrachten. — Daher genügt hier nicht eine bloße Bescheinigung, sondern es wird ein vollständiger Beweis erfordert [1]. Auch läßt man aus demselben Grunde, obwohl gegen die Bestimmung des Röm. Rechts [2], wider das Urtheil ordentliche Rechtsmittel mit der Suspensivwirkung zu [3].

II. Da aber das Verfahren doch nur die Regulirung des Besitzes zum Zwecke hat, so ist die Einmischung petitorischer Gründe, insofern diese nicht etwa bloß zur Herstellung eines künstlichen Beweises der Vitiosität des gegenseitigen Besitzes angeführt werden [4], auch hier unstatthaft [5]. Dagegen können aber hier alle

---

[1] Danz a. a. O. §. 58. — Mittermaier a. a. O. S. 329. nro. 7. — Süptiz, S. 136. a. E. — Ueber den Beweis bei Besitzklagen im Allgemem. s. v. Savigny (6te Aufl.) S. 461 bis 465.

[2] c. un. C. Si de mom. poss. fuerit appell. (7. 69.) Albert a. a. O. §. 139 flg. — Claproth, §. 238.

[3] *Boehmer*, Diss. De vero usu remed. poss. ord. et summ. cap. I. §. 8 et 9.

[4] S. den vorigen §. — Gewöhnlich kommt hiefür der Ausdruck vor: „pro *coloranda* possessione."

[5] Danz, §. 58. — Nur dann, wenn eine petitorische Einrede sofort liquid ist, hält man sie zur Abkürzung der Sache

Einwendungen gegen die Fehlerfreiheit des Besitzes angebracht werden, sie mögen nun sogleich liquid seyn, oder noch eines weiteren Beweises bedürfen [6]).

III. Wer in poss. summar. unterliegt, dem steht das poss. ord. noch offen, weil jenes nur ein Provisorium ist, wodurch keiner Partei, weder in Ansehung des Rechtes, noch des Besitzes präjudicirt werden soll [7]). — Wer aber

IV. in poss. ordin. zurückgewiesen wird, der kann noch in petitorio auftreten, weil hier eine ganz andere Frage den Gegenstand des Streites bildet, als die, worüber in possessorio entschieden worden ist [8]). — Uebrigens ist es

V. keineswegs immer nothwendig, daß dem poss. ord. das summar. vorausgeht, sondern, wenn keine Gewaltthätigkeiten zu besorgen sind, so kann das Verfahren

---

für zulässig. — Süptiz, §. 82. not. 10. — Mittermaier, S. 328. not. 6. — Linde, §. 343. not. 10.

6) Claproth. §. 237. — Mittermaier a. a. O. Linde §. 343. not. 9. — Daß auch solche dilatorische Einreden zugelassen werden müssen, welche sich auf das Wesen des Processes beziehen, versteht sich von selbst.

7) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 21. §. 3. a. E.

8) Gewöhnlich wird dem unterliegenden Theile das petitorium in dem possessorischen Erkenntnisse ausdrücklich vorbehalten. Wenn aber dieses auch nicht geschehen seyn sollte, so würde dem Uebergange zu dem petitor. doch kein Hinderniß entgegenstehen, weil aus dem vorigen Urtheile die exceptio rei judicatae gegen die neue Klage nicht abgeleitet werden könnte. Danz, §. 58. not. G. — Süptiz, S. 137 ob. — Mittermaier, S. 329. not. 9. a. — Mehr hierüber wird unten bei der Darstellung des Verhältnisses der possessor. Proc. zu dem petitor. noch vorkommen.

sogleich auf die vollständige Verhandlung des interd. uti possid. ausgedehnt werden.

VI. Das Verfahren soll nach den Regeln des regulär summarischen Processes geleitet werden. Allein in der Praxis werden Streitigkeiten dieser Art häufig in den Formen des ordentlichen Processes verhandelt [9]).

---

§. 70.

e. Verfahren bei den *interdictis adipiscendae possessionis.*

Um die Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens genauer [1]) angeben zu können, müssen die hieher gehörigen Rechtsmittel getrennt werden [2]). Was nun

---

[9]) Danz, §. 58. a. E. — Martin, §. 259. not. e. Vgl. jedoch Mittermaer, S. 327. not. 4. und Linde, §. 343 not. 4. — In Beziehung auf das Interd. Utrubi ist eine schnellere Verhandlung der Sache schon im neueren Röm. Rechte anbefohlen. (c. 14, C. D. agricol.) (11. 47.)

[1]) Gewöhnlich wird in Bezug auf die remedia adip. poss. nur im Allgemeinen bemerkt, daß dieselben in der Form des unbestimmten summarischen Processes verhandelt werden. Allein unbedingt ist nicht einmal diese Bemerkung richtig. — Vgl. Danz, §. 53. — Süptiz, Lehrb. §. 89.

[2]) Die hier folgende Darstellung beschränkt sich jedoch nur auf die wichtigeren Rechtsmittel dieser Art. Hinsichtlich der übrigen ist nachzusehen Claproth, Einl. in die summ. Processe §. 201 flg. (interd. quod legator.), §. 206 flg. (missio in poss. quae ventri datur), §. 217. (miss. in poss. quae furios. datur.) — v. Löhr im neuen Mag. für Rechtswissenschaft u. Gesetzg. Bd. I. S. 451 flg. (missio ex edicto Carbon.) — fr. 67. D. 36. 1. (ad Sct. Trebell.) — interdict. fraudatorium) S. noch v. Savigny, Recht des Besitzes

I. Das s. g. remed. ex. ult. Cod. De edicto D. Hadriani toll. (6. 33.) betrifft, so beruht dasselbe auf dem Grundsatze, daß der Erbe, welcher ein äußerlich fehlerfreies Testament vor der competenten Obrigkeit vorzeigt, auf Einweisung in den Besitz derjenigen Sachen antragen kann, welche sich zur Zeit des Todes des Testators noch in dessen Händen befanden. — Meldet sich dabei kein contradictor, so hat das Verfahren keine Schwierigkeit, und es gehört in diesem Falle eigentlich gar nicht hieher. Wie es aber dann gehalten werden soll, wenn ein Gegner vorhanden ist, darüber sind wegen der Unbestimmtheit der Ausdrücke in der c. 3. cit. die Meinungen getheilt. In der Praxis[3]) wird gewöhnlich die Analogie des Executivprocesses zu Hülfe genommen[4]), also der Beklagte mit allen Einwendungen, welche eine weitläufigere Untersuchung nothwendig machen würden (except. altioris indaginis), zur besondern Ausführung verwiesen [5]). Den Worten der Constitution scheint es aber mehr zu entsprechen, wenn man alle Einwendungen, welche nicht einen sichtbaren Fehler des Testaments selbst betreffen [6]), sie mögen nun schleunig erwiesen werden

---

5te Aufl. S. 414 und 415. v. Löhr, im Arch. für c. Pr. Bd. XII. Heft 1. S. 91 flg. Hugo, Rechtsgsch. 10te Aufl. S. 609. Schmid, Hdb. III. S. 97 not. 3.

[3]) *Leyser*, med. spec. 500. med. 7 et 8. — *Boehmer*, de action. Sect. II. cap. III. §. 5. — Diese Ansicht ist auch in das bayer. Recht übergegangen. Cod. Maximil. civ. Th. III. Cap. 1. §. 10. Nr. 5.

[4]) Passend ist übrigens der Gesichtspunkt des Executivprocesses auf gegenwärtigen Fall keineswegs. S. oben §. 42.

[5]) Dem contradictor bleibt es nämlich unbenommen, wenn er ein besseres Erbrecht zu haben glaubt, gegen den missus nachher mit der hered. petitio aufzutreten.

[6]) Denn, insofern eine Einwendung dieser Art gegründet ist,

können oder nicht, gänzlich ausschließt [7]). Gegen die richterliche Verfügung, welche die missio ertheilt, soll nach Röm. Rechte keine Appellation stattfinden [8]).

§. 71.

Fortsetzung.

II. Das interdictum quorum bonorum wird gewöhnlich als dasjenige possessorische Rechtsmittel angesehen, durch welches sich der Erbe [1]), gestützt auf eine

---

darf die Besitzeinweisung ohnehin nicht erfolgen. — Auch ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der contradictor gehört werden muß, wenn er seinerseits auch ein fehlerfreies und zwar ein neueres Testament, als der Implorant aufweisen kann. — *Giphanius*, Explan. leg. Cod. T. II. p. p. 114. Vgl. noch v. Vangerow, Leitf. II. S. 377.

7) Denn in C. 3. cit. wird auch im Falle einer contradictio nicht gesagt, daß die missio aufgeschoben werden soll, sondern sie wird vielmehr als geschehen vorausgesetzt. — S. v. Savigny, in der Zeitschrift Bd. VI. Heft I. und II. S. 233. not. 1.

8) Fr. 7. pr. D. 49. 5. (De appellat. recip. vel non.) — c. 6. C. 7. 65. (Quorum app. non recip.) — In der Praxis wird aber diese Beschränkung häufig nicht beobachtet. Claproth, §. 199.

1) Man unterscheidet dabei nicht einmal zwischen heres und bonorum possessor, obgleich nach Röm. Rechte nur der letztere, und der heres nur insofern, als er auch die B. P. agnoscirt hatte, von dem Interdicte Gebrauch machen konnte. — Gaj. III. §. 34. IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. — Coll. L. Mos. et Rom. tit. 16. §. 3. Nicht dagegen ist c. 1. C. 8. 2. (Quorum bonor.) S. v. Löhr, im Arch. für die civ. Prax. S. 99. not. 32. v. Vangerow, Leitf. II. Bd. S. 373. unten und S. 374.

Bescheinigung seines Erbrechtes, schnell zu dem provisorischen Besitze der Erbschaftssachen verhelfen kann [2]). — Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels in processualischer [3]) Hinsicht soll demnach darin bestehen, daß 1) der Kläger hier nicht, wie bei der hered. petitio, sein Erbrecht vollständig zu beweisen, sondern nur wahrscheinlich zu machen braucht [4]); und 2) daß der Beklagte, wenn er die Behauptung eines ihm zustehenden besseren Erbrechtes nicht alsogleich darzuthun vermag, damit nicht gehört, sondern in das nachfolgende Petitorium verwiesen werden soll. — Allein, wenn man auch dieser Ansicht in Folge des für sie sprechenden, vieljährigen Gerichtsgebrauches die Aner-

---

[2]) *Lauterbach,* Colleg. lib. XLIII. Tit. II. §. 3. 9. — *Leyser, Med.* spec. 500. — *Boehmer,* De action. Sect. II. cap. 3. §. 3 et 4. — Claproth a. a. O. §. 192 flg. Höpfner, Comment. §. 1209 und 1210. Leyser a. a. O. med. 5. erklärt sogar das remed. ex. l. ult. Cod. De edicto D. Hadriani toll. nur für eine specielle Anwendung des Grundsatzes, auf welchem das int. quor. bon. beruht.

[3]) Die übrigen, nicht processualischen Eigenthümlichkeiten des Interdicts gehören zunächst nicht hierher. — S. darüber besonders v. Savigny, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. V. Heft I. Nro. 1. und Bd. VI. Heft I. u. II. Nro. 3. S. 228 flg. — Dagegen aber, und zwar gegen die erste Abhandlung, Thibaut, im Arch. für civ. Praxis. Bd. X. Heft III. S. 456 flg. — gegen beide Abhandlungen v. Löhr, ebenfalls im Arch. für civ. Prax. Bd. XII. Heft I. Nro. 6. S. 85 flg. — v. Vangerow, Leitf. II. S. 368 flg. — L. Arndts, Beiträge. I. Heft. Bonn 1837. S. 108. §. 8. Schmid, Hdb. III. S. 98 flg.

[4]) Schon die Glosse zu C. 1. C. 8. 2. (quor. bon.) sagt: „in quo (interdicto) *summatim* cognoscitur, an sit heres vel bonorum possessor.

kennung nicht versagen kann [5]), so ist dieselbe noch im Röm. Rechte nicht in allen Punkten begründet. Es läßt sich nämlich zwar nicht läugnen, daß 1) das interd. quorum bonorum schon nach Röm. Rechte bloß auf Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen gerichtet war [6]); 2) daß durch die Behauptung des Beklagten, ein besseres Erbrecht zu haben, die Wirksamkeit des Interdicts nicht vereitelt wurde [7]), und 3) daß man auch im neueren Rechte noch von der Ansicht ausging, daß das Verfahren bei diesem Interdicte überhaupt beschleunigt werden soll [8]). Allein der Satz in der ge-

---

[5]) v. Savigny, Zeitschrift Bd. V. Heft I. S. 25. Dr. Georg Friedr. Puchta, Lehrb. der Pandekten §. 510.

[6]) *Gaj.* IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. und Theophilus, zu diesem §. — Daher auch Fr. 2. D. 43. 2. (Quor. bon.) S. v. Löhr a. a. O. S. 94 und 95, auch S. 102 flg. — v. Vangerow, Leitf. II. S. 375. Nr. IV.

[7]) v. Löhr a. a. O. S. 109 und S. 115. — Hugo, Rechtsgeschichte 10te Aufl. S. 554. Z. 19 bis 24. Joh. Friedr. Lud. Göschen, Vorles. über das gemeine Civilrecht. Bd. III. Abth. 2. S. 521. v. Vangerow a. a. O. S. 375. oben.

[8]) c. 22. C. Th. 11. 36. (Quorum app. non recip.) „In interdicto quorum bonorum cessat libertas provocandi, *ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdetur injuriis tarditatis.*" Offenbar will Valentinian mit diesen Worten nicht bloß die historische Bemerkung machen, daß es bei der ursprünglichen Einführung des Interdicts auf Beschleunigung abgesehen war, sondern er gibt zu erkennen, daß auch zu seiner Zeit noch, — also nach dem Verschwinden des ordo judic. — bei diesem Interdicte schneller verfahren werden soll. — In den Justinian. Cod. ist zwar diese Constitution nicht aufgenommen, allein die Analogie der Bestimmungen in Bezug auf das Verfahren bei anderen Interdicten (Thibaut a. a. O. S. 468 flg. und vgl. damit Fr. Puchta, in den Erlanger-Jahrb. Bd. IX. (der ganzen Folge)

wöhnlichen Theorie, daß der Kläger sein Recht nur zu bescheinigen brauche, hat das Röm. Recht ausdrücklich gegen sich [9]).

Heft I. S. 14.) und selbst die Worte *„omnibus frustrationibus amputatis“* in der c. 3. C. Just. 8. 2. (Quorum bonor.) lassen mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen, daß auch zu Justinians Zeit das interdict. quorum bonorum noch schleuniger verhandelt werden sollte. — S. Mühlenbruch, Entwurf S. 237 und 251. v. Löhr a. a. O. S. 97. Nr. III. v. Savigny, Zeitschr. Bd. VI. S. 256 ist im Grunde genommen auch nicht gegen diese Ansicht; nur will derselbe die allgemeine Vorschrift, eine Sache so viel als möglich zu befördern, nicht als gleichbedeutend mit der Vorschrift eines summarischen Verfahrens gelten lassen. S. oben S. 151. not. 4. — Daß übrigens durch die c. 22. C. Th. 11. 36. nur der Appellation der Suspensiveffect entzogen, also doch noch dem Rechtsmittel der Supplication Raum gelassen werden sollte, dafür könnte zwar etwa ein Argument aus c. un. C. Th. Si de momento fuerit appell. angeführt werden. Allein der allgemeine Satz, daß die Supplication nicht bloß gegen die sentent. Praef. Praet., sondern gegen alle nicht appellablen Urtheile gewöhnlicher Richter stattgefunden habe, läßt sich aus der hiefür angeführten c. un. (bei Wenk c. 3.) C. Th. 1. 5. (De off. Pr. Pr.) ebenso wenig, als aus andern Stellen mit Bestimmtheit nachweisen. — Vgl. Fr. Puchta, in den Erl. Jahrb. a. a. O. S. 16 u. 17. — Zimmern, Gesch. des R. Privdtr. Bd. III. §. 173. a. E. u. §. 177. not. 14.

9) c. 1. C. 8. 2. (Quorum bonor.). „Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.“ — v. Löhr a. a. O. S. 106 flg. — v. Savigny, Zeitschr. Bd. VI. S. 259 flg.

§. 72.

Fortsetzung.

III. Ganz auf dieselbe Art, wie über das Interd. quorum bonor. erklären sich die Praktiker auch über das *Salvianum interdictum* [1]. — Nämlich um den Besitz der verpfändeten Sachen zu erlangen, soll der Pfandgläubiger sein Recht nur zu bescheinigen brauchen; alle weitaussehenden Einreden dagegen sollen in das Servianum judicium oder überhaupt in das Petitorium verwiesen werden. Allein wenn sich auch nicht läugnen läßt, daß das Salv. interd. nur ein possessorisches Rechtsmittel [2], und in dieser Hinsicht auf jeden Fall [3], von der Serviana actio verschieden ist; — ja, wenn man auch aus diesem Grunde zu-

---

[1]) *Leyser*, Med. spec. 511. med. I. et II. — Höpfner, Comment. §. 1214, Nr. 3. — Claproth a. a. O. §. 230.

[2]) *Gajus* IV. §. 147. — §. 4. J. 4. 15. — *Theophil.* in paraphr. ibid. — Fr. 2. §. 3. D. De interd. — v. Löhr, über das int. quor. bon. im Arch. f. c. Praxis Bd. XII. Heft I. S. 92. — J. Fr. L. Göschen, Vorl. Bd. II. §. 361. G. Fr. Puchta, Pand. (3te Aufl.) §. 217.

[3]) Denn daß auch in anderen Beziehungen, insbesondere in Ansehung des Klägers und des Beklagten — Abweichungen stattfinden, gehört zunächst nicht hieher. Vergl. darüber: Zimmern in der Zeitschr. v. Linde, Marezoll, und v. Wening-Ingenheim Bd. I. Heft 1. S. 54—56. — Thibaut im Arch. f. civ. Pr. Bd. XI. Heft 1. S. 123. — Zimmern, ebendas. Bd. XI. Heft III. S. 345 flg. — Am ausführlichsten Ph. Eduard Huschke Studien des Röm. Rechts Breslau 1830. Bd. I. S. 337 bis 400. — Puchta, Pand. (3te Aufl.) §. 214 u. 217. — Abweichend: v. Vangerow, Leitf. I. S. 819 und 820. Schmid III. S. 103 flg.

geben muß, daß sich jenes Rechtsmittel zur summarischen Verhandlung eignet [4]), so folgt doch weder aus dem Einen, noch aus dem Andern, daß auch ein unvollständiger Beweis in diesem Verfahren hinreicht [5]), und eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift für diesen Satz kann ohnehin nicht angeführt werden.

---

§. 73.

f. Verhältniß des possessorischen Streites zu dem petitorischen.

aa. Zulässigkeit des Ueberganges von dem Possessorium zu dem Petitorium.

Hierüber gelten nach gemeinem Rechte folgende Grundsätze:

I. Demjenigen, der im possessorischen Processe unterliegt, steht es immer noch frei, mit einer petitorischen Klage hinsichtlich derselben Sache wider den nämlichen Gegner aufzutreten [1]). — Nur wird dabei vorausgesetzt,

---

[4]) Denn da in den übrigen Interdictfällen Beschleunigung anempfohlen wird, so darf man diese Vorschrift wohl auch in Beziehung auf das Salv. interdict. gelten lassen.

[5]) Denn es liegt ganz und gar nicht in dem allgemeinen Begriffe einer summarischen Verhandlung, daß der Kläger seine Behauptung hier nur wahrscheinlich zu machen und nicht gehörig zu beweisen habe. S. v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft. I. und II. S. 240 flg. — Fr. Puchta, in den Erlanger Jahrb. Bd. IX. Heft I. S. 14. Die Ansicht der Praxis wird indessen wieder vertheidigt von Schmid III. S. 103 flg.

[1]) fr. 14. §. 3. D. 44. 2. (De except. rei jud.) „Si quis

daß in dem nachfolgenden Petitorium nicht etwa wieder „eadem quaestio revocatur," welche bereits in dem Possessorium entschieden worden ist. Denn in diesem Falle würde allerdings der petitorischen Klage die exceptio rei judicatae nach den allgemeinen hinsichtlich dieser Einrede geltenden Grundsätzen entgegengestellt werden können [2]. — Bei dem Uebergange von einem remedium *recuperandae* poss., insbesondere von der Spolienklage zur Vindication ist die Verschiedenheit der neuen quaestio von der vorigen so evident, daß die Zulässigkeit desselben nicht in Zweifel gezogen werden kann. — Eben so wenig hat es ein Bedenken, daß der, welcher in dem Streite über die Conservation des Besitzes (interdict. *retinendae* poss. — namentlich interd. uti possidetis) unterlegen ist, nunmehr zur rei vindicatio seine Zuflucht nehmen kann [3], und zwar ohne Unterschied, ob über den Besitz in possess. summariis. oder ordinario [4]) gestrit-

---

interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur." — c. 7. X. 2. 12. — *J. H. Boehmer*, J. E. P. lib. II. Tit. XII. §. 12. — v. Vangerow, Leitf. zu Pandekt. Vorl. Bd. I. Abth. 1. S. 206. lit. e. (1te Aufl.)

2) fr. 7. §. 4. D. 44. 2. (De exc. rei jud.) „Et generaliter exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii." — Vgl. darüber besonders: Dr. F. L. Keller, über Litiscontest. und Urtheil S. 271 flg.

3) Arg. fr. 12. §. 1. D. 41. 2. (De adquir. vel amitt. poss.)

4) Wenn sich übrigens eine Partei schon in possess. ordinario auf die Anführung und den Beweis des Rechtstitels eingelassen hätte (wie dieses nach der obigen Darstellung zuweilen geschehen kann), aber dessen ungeachtet unterlegen wäre, so könnte es zweifelhaft scheinen, ob ihr das petitorium noch

ten worden ist. — Hingegen bei dem interdictum quorum bonorum, und bei dem Salvianum interdict. (welche beide remed. *adipisc.* poss. sind) ist die Zulässigkeit des Ueberganges zu den betreffenden petitorischen Klagen allerdings bestritten. In der Praxis wird zwar derselbe ohne Anstand gestattet, weil man hier das vorausgehende Possessorium nur als eine provisorische Verhandlung betrachtet, deren Eigenthümlichkeit eine nachfolgende erschöpfende Erörterung der Sache im Petitorium wesentlich voraussetzt [5]). Wenn man jedoch erwägt, daß nach dem Röm. Rechte der Kläger sowohl bei dem interd. quorum bonor. als bei dem Salvian. interdict. sein Recht selbst nicht bloß bescheinigen, sondern beweisen sollte [6]), so kann man wenigstens in solchen Fällen, wo der Kläger im Possessorium deßhalb unterlegen war, weil er sein Recht nicht beweisen konnte, und nun wegen desselben Rechts im Petitorium auftreten will, — nicht läugnen, daß eadem quaestio revocatur, und daß folglich die exc. rei jud. im Wege steht [7]).

---

offen stehe? — Da jedoch auch in diesem Falle die Hauptstreitfrage jetzt eine andere ist, als in poss. und, da es möglich ist, daß die Partei in dem ordinar., wo der Rechtstitel doch nur pro coloranda possessione angeführt wurde, nicht alle ihr darüber zu Gebote stehenden Beweise benützte, so läßt man den Uebergang zur petitorischen Klage auch hier zu.

5) S. oben §. 71 und 72.

6) S. gleichfalls oben §. 71 und 72.

7) Nur dann, wenn das Unterliegen im vorausgehenden Possessorium aus irgend einem anderen Grund, welcher die petitorische Frage gar nicht berührte, erfolgt wäre, würde die except. rei judic. nicht stattfinden. — Ph. Ed. Huschke, Studien Bd. I. S. 393 unt. — Der Hauptgrund für die gegenwärtig von mir angenommene Ansicht (in den früheren

§. 74.

Fortsetzung.

II. Der Uebergang von dem Poss. zu dem Petit. ist jedoch dadurch bedingt, daß derjenige, welcher in dem

---

Ausgaben hielt ich wenigstens den Uebergang von dem interd. quorum bonor. zur hered. petitio für zulässig) liegt übrigens in den Bestimmungen des Röm. Rechts über die exceptio rei judicatae. — Das Bedenken, welches gegen diese Ansicht aus der allgemeinen Bestimmung des fr. 14. §. 3. D. 44. 2. abgeleitet worden ist (s. v. Löhr, im Arch. für civil. Prax. Bd. XII. Heft 1. S. 103 not. 75.), wird dadurch gehoben, daß das dieser Bestimmung beigefügte Motiv „quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur" auf solche Interdicte nicht paßt, welche nach dem Ausdrucke des fr. 2. §. 2. D. 43. 1. (De interdict.) proprietatis, non possessionis causam habent; — wohin auch das interd. quorum bonor. zu zählen ist. — Huschke a. a. O. S. 392 flg. Auch die c. 3. C. 8. 2. (quor. bon.) steht der hier vertheidigten Meinung nicht entgegen. Denn die Auslegung, welche v. Savigny, in der Zeitschrift Bd. VI. S. 251 flg. von den Schlußworten dieser Constitution gegeben hat, scheint immer noch befriedigender zu seyn als die entgegengesetzte. (Arch. f. civ. Prax. Bd. XII. S. 105.) — Aus obigem Grunde ist auch der Uebergang von dem interd. de itinere actuque reficiendo, und von dem interd. de aqua ex castello ducenda zu dem Petitorium für unstatthaft zu halten. Fr. 1. §. 45. D. De aqua quotid. und fr. 3. §. 13. D. De itin. actuque privato. — S. v. Savigny, Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft 1 und 2. S. 270 und das Recht des Besitzes (Aufl. 6) S. 596 und flg. — Huschke a. a. O. S. 391. — Dasselbe gilt auch von dem Salvianum interdictum. Das dagegen angeführte fr. 2. D. 43. 33. (De Salv. int.) — so wie fr. 1. §. 1. D. eod. entscheidet nichts, da in dem hier angeführten Falle die Abweisung des Klägers bloß

ersteren unterlegen ist, vorher dem im possessorischen Streite ergangenen Urtheile Genüge leisten muß, indem der Gegner früher nicht schuldig ist sich auf die Klage in petitorio einzulassen [1]).

III. Da eine Partei selbst dann, wenn sie in dem possessorischen Processe unterlegen ist, noch zu dem Petitorium übergehen darf, so muß es ihr noch viel mehr gestattet seyn das noch unvollendete Possessorium aufzugeben, und nun die petitorische Klage anzustellen; vorausgesetzt, daß dem Gegner die durch die bisherigen Verhandlungen verursachten Kosten ersetzt werden.

---

§. 75.

bb) Zulässigkeit des Ueberganges von dem Petitorium zum Possessorium.

Die Frage ob derjenige, welcher auch ein possessorisches Rechtsmittel hätte gebrauchen können, aber mit

---

darauf beruhte, daß durch den Satz „in pari causa melior est conditio possidentis" die Wirksamkeit des Interdicts selbst ausgeschlossen wurde; m. a. W. das Servianum judicium wird hier zugelassen, nicht etwa nachdem bereits über das Interdict materiell verhandelt worden, sondern weil in dem gegebenen besondern Falle das Interdict gar nicht stattfand. v. Savigny in der Zeitschr. f. g. R. W. Bd. VI. S. 268. — Vgl. Huschke a. a. O. S. 393 flg. — A. M. ist v. Löhr, im Arch. für civil. Prax. Bd. XII. S. 92. — v. Vangerow, Leitf. I. S. 821. Anm. 3. Schmid III. S. 106. not. 42. Die hier vertheidigte Ansicht im Allgemeinen hat außer den bereits angeführten auch Zimmern, im Arch. für civ. Pr. Bd. XI. S. 350 und Geschichte des Röm. Privatr. Bd. III. §. 71. not. 20.

[1]) *Boehmer, J. E. P.* lib. II. Tit. XII. §. 12.

Vernachlässigung desselben sogleich in petitorio aufgetreten ist, von diesem noch vor der Entscheidung abstehen, und nun possessorisch klagen dürfte, ist nach Röm. Rechte wenigstens in Beziehung auf interdicta recuperandae und retinendae possessionis gewiß zu bejahen [1]. Das kanonische Recht gestattet aber einen solchen Rücktritt nur bei remediis recuperandae und adipiscendae possessionis, und auch hier nur insofern, als in dem petitorischen Streite die conclusio causae noch nicht erfolgt ist; es wäre denn, daß der Richter aus besonders erheblichen Gründen die Zulassung eines solchen Uebertrittes auch jetzt noch billig fände [2]. Nach der definitiven

---

[1]) Fr. 18. §. 1. D. 43. 16. (De vi et vi armata) „Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri pendente judicio nihilo minus interdicto recte agere placuit.“ — Fr. 12. §. 1. D. 41. 2. (De adquirend. vel amitt. possess.) „Nihil commune habet proprietas cum possessione; et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.“ — Bei dem Uebergange von der Vindic. zu einem interd. retin. posses. scheint freilich der Kläger mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, weil er als Vindicant zugab, daß sich der Gegner im Besitze befinde, als Kläger in possessorio aber nun doch behauptet, selbst noch Besitzer zu seyn. Allein die Römischen Juristen glaubten wegen der Möglichkeit eines Irrthumes des Klägers aus der Anstellung der vindic. noch keine Entsagung auf den Besitz folgern zu dürfen. S. v. Savigny, Recht des Bes. 6te Aufl. S. 39. 422 u. 469. — Vgl. meine Abhandlung über die Aenderung des Klaglibells. Landshut 1819. S. 74 und flg. Schmid, III. S. 110 und 111. not. 7.

[2]) c. 5. X. 2. 12. (De causa possessionis et proprietatis.) Schmid, III. S. 111. not. 7. versteht diese Stelle von dem Falle einer Cumulation. Allein, auch abgesehen

Entscheidung des petitorischen Processes wollen übrigens die Praktiker nach dem Grundsatze „petitorium absorbet possessorium" eine possessorische Klage gar nicht mehr zulassen [3]). Allein diese Ansicht ist gewiß nicht allgemein, sondern nur dann zu rechtfertigen, wenn in dem petitorischen Urtheile einer Partei das in Frage stehende Recht wirklich zuerkannt wurde [4]).

---

davon, daß die Worte in der Einleitung: „*novum* judicium super possess. nititur *inchoare*" jene Auslegung nicht unterstützen; spricht die Stelle ganz allgemein aus „post causam (proprietatis) conclusam possessorio non esse utendum;" ohne zwischen dem Falle eines Rücktrittes vom Petitorium, und dem Falle einer nachträglichen Cumulation zu unterscheiden. — Das Motiv „ne lites etc." ist auch auf den Fall des Rücktrittes nicht geradezu unanwendbar.

[3]) *Lauterbach*, Colleg. th. pr. lib. XLIII. Tit. I. §. 16.

[4]) Denn, wenn zwar in petitorio rechtskräftig entschieden, aber wegen mangelnden Beweises keiner Partei das Recht zuerkannt, sondern der Kläger abgewiesen worden ist, so ist nicht abzusehen, warum der abgewiesene Kläger nicht mehr mit einer possessorischen Klage sollte auftreten können, da doch in der Regel eine ganz andere Streitfrage eintreten, und folglich die exceptio R. J. nicht stattfinden wird. Mittermaier, der g. d. Pr. IV. S. 329. unten. (Aufl. 2.) Vgl. noch Roßhirt, in s. Zeitschrift Bd. I. S 234 flg. — Auch glaube ich nicht, daß gegen diese Ansicht aus c. 5. X. 2, 12 ein entscheidendes Argument abgeleitet werden kann, da diese Stelle nur von dem Falle spricht, wenn der Kläger noch vor der Entscheidung des Rechtsstandes die possessorische Frage auf die Bahn bringen will, und da in den Schlußworten derselben dem arbitrium judicis ein so freier Spielraum gelassen wird, daß, wenn man auch die vorausgehende Bestimmung auf den Uebergang zum Possessorium nach entschiedenem Petitorium ausdehnen würde, der Richter doch gewiß in den meisten Fällen die Zulassung der possessorischen Klage vollkommen rechtfer-

§. 76.

cc) Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites.

Eine Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites läßt sich auf doppelte Art denken: entweder 1) so, daß der Kläger in demselben Klagevortrage Besitz und Recht zugleich verfolgt; — oder 2) so, daß zwar der Kläger nur eines von beiden zum Gegenstande seiner Intention macht, aber der Beklagte auch das andere hereinzieht. — Die Zulässigkeit einer Cumulation der ersten Art läßt sich zwar im Röm. Recht nicht nachweisen [1]); allein schon einige Glossatoren waren in dieser

---

tigen könnte. Von selbst versteht sich übrigens, daß nach rechtskräftig entschiedenem Petitorium die Anstellung der possessorischen Klage in dem Falle unstatthaft seyn würde, wo etwa wegen der Identität der quaestio die exc. rei judic. wirklich begründet wäre. Vgl. oben §. 73.

[1]) Gewöhnlich wird angenommen, das Röm. Recht enthalte geradezu ein Verbot dieser Cumulation in c. 3. C. 8. 1. (De interdictis) — c. 13. C. 3. 32. (De Rei vindic.). — c. 1. C. 7. 62. (De appell.) — S. *Boehmer*, J. E. Pr. lib. II. Tit. XII. §. 1. sq. — Allein diese Stellen scheinen vielmehr eine Cumulation der zweiten Art, nämlich den Fall vorauszusetzen, wo der Kläger nur possessorisch klagte, der Beklagte aber seinerseits entgegensetzte, daß ihm das Recht zustehe; oder den Fall, wenn bei der Vindication der Besitzstand streitig war, und dieser zum Zwecke der Bestimmung der Parteirollen vorläufig festgestellt werden mußte. — Eine Stelle, worin ausdrücklich von einer Cumulation der hier in Frage stehenden Art die Rede wäre, findet sich nicht. — Das Fr. 18. §. 1. D. 43. 16. (De vi et vi arm.) handelt nicht von einer gleichzeitigen Verbindung des Interdictes mit der R. V., sondern entscheidet nur die Frage, ob derjenige, welcher außer der R. V. auch das int. unde

Hinsicht anderer Meinung[2]), und so kam es, daß das Canonische Recht mit ausdrücklicher Beziehung auf das Römische[3]) die Verbindung possessorischer und petitorischer Anträge gestattete[4]). Nur die Cumulation eines interd. retinendae possess. mit der Eigenthumsklage scheint für unzulässig erklärt zu seyn[5]), weil sich die Voraussetzungen dieser beiden Rechtsmittel einander widersprechen. — Die Praxis ging gewissermaßen noch

vi hätte anstellen können, aber die Vindication gebrauchte, nachher, *pendente judicio* noch mit dem Interdicte auftreten dürfe? — Dasselbe gilt auch von dem Fr. 12. §. 1. D. 41. 2. (De adquir. vel am. poss.) in Ansehung des interd. uti possid.

2) Vergl. die Glosse zu Fr. 18. §. 1. D. 43. 16., wo gegen Azo die Meinung vertheidigt wird, nach dieser Stelle könne der Kläger „petitorium et possess. recup. poss. *simul* intentare."

3) c. 2. X. 2. 12. (De causa poss. et propriet.) „Cum hoc sit in *jure civili* expressum, quod licito possit fieri." — Die Stellen des Codex (s. oben Not. 1), welche gerade das Gegentheil zu verordnen scheinen, suchten schon die Glossatoren, — welche nicht Azo's Meinung theilten, — dadurch zu beseitigen, daß sie dieselben nur von interdictis retinend. poss. verstanden. S. die Glosse zu c. 13. C. 3. 32. (D. R. V.)

4) c. 2. X. cit. „ad ultimum interrogati fuimus, si judices deputati, ut de possessione et proprietate cognoscant, grauibus partium sumtibus parcere cupientes, *de utraque commixtim* audiant allegationes, pariter et testes admittant etc. *quod licite possit* fieri respondemus. — c. 6. X. eod.

5) c. 5. X. 2. 12. „Aliis possessoriis judiciis (unmittelbar vorher sind die judicia *de recuperanda seu adipiscenda* possess. genannt) in suo robore duraturis, quae vindicationem dominii sui natura praecedunt. *Boehmer*, l. c. §. 2. — Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 19.

weiter, als das Canonische Recht, indem sie auch eine, — wenigstens eventuelle Verbindung der Vindication mit interd. retin. poss. zuließ [6]), — ja sogar den Richter ermächtigte, ohne ausdrücklichen Antrag des Klägers ein petitorisches Urtheil zu fällen, wenn nur während des possessorischen Processes hinreichende Materialien zur Aufklärung des Rechtsstandes zu den Acten gekommen wären [7]). — Diese letztere Ausdehnung ist jedoch gewiß nicht zu rechtfertigen, und widerspricht nicht bloß der Verhandlungsmaxime, sondern gefährdet auch das Recht des Beklagten auf vollständige Vertheidigung [8]).

---

§. 77.

Fortsetzung.

Was die zweite Art der Verbindung des Petitoriums mit dem Possessorium betrifft (§. 76. Nr. 2.), so ist in

---

6) *Pufendorf*, Observ. Tom. II. Obs. 120. — Daß übrigens, wenn das possess. summariiss. mit dem Petitorium cumulirt werden sollte, das erste durch die Verhandlung des letztern nicht aufgehalten werden könne, ergibt sich schon aus der Natur und dem Zwecke des poss. summar.

7) *Mev.* Dec. P. VI. Dec. 100. — *Leyser*, Med. spec. 468. med. 31. et spec. 499. med. 4 et 5. — Pufendorf, Obs. Tom. II. med. 113.

8) Denn, wenn der Kläger sogleich Anfangs schon ausdrücklich auch einen petitorischen Antrag gestellt hätte, so würde vielleicht der Beklagte mit größerer Sorgfalt die zur Begründung dieses Antrages vorgebrachten Behauptungen widerlegt haben, als es in der Voraussetzung geschehen ist, jene Behauptungen seyen nur pro coloranda possessione aufgestellt worden. Mittermaier a. a. O. S. 331. lit. f.

dieser Hinsicht nach Röm. Rechte als Grundsatz anzunehmen, daß, — wenn der Beklagte dem possessorischen Anspruche des Klägers einen selbständigen [1]) petitorischen entgegengesetzt, zuerst über jenen allein verhandelt und entschieden werden müsse [2]). — Das Canonische Recht drückt sich aber über die Zulässigkeit einer Vermischung beider Processe so allgemein aus [3]), daß

---

[1]) Denn insofern die Eigenthumsfrage in einem possessorischen Streite nur mittelbar zur Sprache kam, d. h. insofern der Besitz selbst von dem Eigenthum oder Nichteigenthum des Gegners abhing, mußte sie allerdings schon nach Röm. Rechte zugelassen werden. — Fr. 40. §. 3. D. 41. 2. (De adquir. poss.) — Fr. 21. D. 41. 3. (De usurp.) v. Savigny, in der Zeitschrift Bd. VI. Heft I. und II. S. 250. not. 1.

[2]) c. 3. C. 8. 1. (De interd.) „Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes *ab eo, qui de possessione victus est,* exigantur.“ — c. 13. C. 3. 32. (De R. V.) — c. 1. C. 7. 62. (De appell.) S. oben §. 76. not. 1. Jedenfalls enthält das Röm. Recht nirgendwo die ausdrückliche Gestattung der gleichzeitigen Verhandlung solcher Widerklagen, wenn man auch in der c. 3. C. 8. 1. kein ausdrückliches allgemeines Verbot derselben finden sollte.

[3]) c. 2. X. 2. 12. (De causa possess. et proprietat.) — Hier heißt es nämlich ganz allgemein: si judices deputati de utraque (scil. possessione et proprietate) *commixtim* audiant allegationes etc.“ ohne ausdrücklich zu bemerken, daß eine Cumulation der doppelartigen Anträge gerade von Seite des Klägers allein vorausgesetzt werde; man muß also wohl annehmen, daß auch der Fall darunter begriffen ist, wenn zwar der Kläger nur possessorisch klagte, der Beklagte aber einen petitorischen Gegenangriff versuchte. — Ebenso allgemein lauten die Ausdrücke in c. 6. X. eod.

man auch diese Art von Verbindung nicht geradezu für unstatthaft erlären kann. — Indessen sind doch in diesem Falle manche Modificationen zu bemerken, welche theils — in dem Canonischen Rechte selbst, theils in dem Gerichtsgebrauche ihren Grund haben, und folgende Unterscheidungen nothwendig machen:

A. Der Kläger hat bloß ein possessorisches Rechtsmittel, und zwar a) ein remed. *recuperand.* poss. (die s. g. Spolienklage) angestellt, und der Beklagte ist ihm mit einem petitorischen Antrage entgegengetreten. — In diesem Falle ist der Kläger nach der ausdrücklichen Vorschrift des Canonischen Rechtes nicht schuldig, sich auf das Petitorium einzulassen, sondern er kann darauf bestehen, daß vor Allem der Spolienproceß verhandelt und entschieden werden soll[4]). Nur dann, wenn er sich freiwillig auf die petitorische Widerklage[5]) einläßt, dürfen beide Processe gleichzeitig verhandelt werden[6]). b) War die possessorische Klage ein interdictum *retin.* possess. — und der Kläger ist in poss. summariis aufgetreten, so ist nach der Natur und dem Zwecke des p. summ. gewiß wenigstens die gleichzeitige Verhandlung einer petitorischen Widerklage

---

[4]) c. 4. X. 2. 10. (De ordine cognitionum. — c. 22. in f. X. 1. 29. (De offic. et pot. jud. deleg.) Selbst petitorische Einreden sind hier nicht zuzulassen, sondern ad separatum zu verweisen. C. 5. 7. X. 2. 13. (De restit. spoliat.) — Geiger, in der Zeitschrift v. Linde, Bd. XIII. S. 284. §. 20. Mittermaier, S. 340. nro. 7.

[5]) Es versteht sich hiebei von selbst, daß gegen eine sog. Spolienklage die Rei vind. nur als eventuelle Widerklage möglich ist, weil sich der Beklagte im Besitze derjenigen Sache befindet, deren Eigenthümer er zu seyn behauptet.

[6]) c. 1. IX. 2. 13. (De restitutione spoliatorum) — „consentiente illo."

ausgeschlossen [7]. Im poss. ordin. kann sich zwar der Beklagte auf petitorische Gründe berufen, aber nur zu dem Zweck, um den Besitz des Klägers als fehlerhaft darzustellen. — Eine selbständige petitorische Widerklage sollte aber, selbst nach der Ansicht des Canonischen Rechtes, auch hier nicht gestattet werden, insofern der Beklagte seinerseits ebenfalls zugleich im Besitze geschützt zu werden verlangt [8]. Die Praxis stimmt hierin mit dem Canonischen Rechte überein [9]. War endlich c) die possessorische Klage ein interdictum *adipisc.* possess., so soll zwar nach Canonischem Rechte dem Beklagten die Einmischung des Petitor. erlaubt werden [10], allein in der Praxis werden gleichwohl — namentlich bei dem remed. ex leg. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo, und bei dem interd. quorum bonor. die petitorischen Anträge zur besonderen Ausführung verwiesen [11].

---

7) Denn die Gefahr eines gewaltsamen Auftrittes, durch welche das summar. bedingt ist, duldet nicht, daß die provisorischen Maaßregeln durch den langsameren Gang der Verhandlungen in petitorio aufgehalten werden.

8) c. 5 X. 2. 12. (De causa poss. et propr.) S. oben §. 76. not.

9) S. oben §. 69. Nro. II. — Mittermaier, der gem. d. Civilproc. Beitr. IV. S. 328. nro. 6. — Linde, Lehrb. §. 343. §. 10.

10) In Folge der allgemeinen Vorschrift des c. 2. X. 2. 12. S. oben not. 3. A. M. ist Schmid, III. S. 113. not. 18.

11) S. oben §. 70 und §. 71.

§. 78.

Fortsetzung.

B. Sollte der Kläger bloß einen petitorischen Antrag gestellt, der Beklagte aber ein possessorisches Rechtsmittel, und zwar a) ein auf die Behauptung [1]) einer Spoliation gegründetes gebracht haben, so ist nach Canonischem Rechte zu unterscheiden, ob der Beklagte dieses Rechtsmittel in der Form einer Einrede (exceptio spolii) oder als selbständige Klage (mutua petitio) geltend machen will. In dem letzten Falle dürfen allerdings beide Klagen gleichzeitig verhandelt und entschieden werden [2]). In dem ersten dagegen ist der Beklagte nicht schuldig, sich auf die petitorische Klage einzulassen [3]), wenn er die behauptete Spoliation be-

---

[1]) Dieser Fall kann aber freilich nur dann vorkommen, wenn ein anderes, als das durch die petitorische Klage streitig gewordene Object der Gegenstand der Spoliation war. Denn sonst muß sich ja der Beklagte ohnehin schon im Besitze befinden. Im c. 2. X. 2. 10. (De ord. cognit.) werden auch wirklich zwei verschiedene Objecte vorausgesetzt.

[2]) c. 2. X. 2. 10. (De ord. cognition.) „Quamquam in idem judicium ambae deductae vicissimque tractatae, simul essent eadem sententia terminandae.“ — Uebrigens muß freilich in diesem Falle der Beklagte auf den Vortheil einer schnelleren Verhandlung seiner Spolienklage Verzicht leisten.

[3]) c. 2. X. 2. 10. „cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere.“ — c. 10. X. 2. 13. (De restitut. spoliat.) — Clem. un. 2. 3. (De caus. poss. et propriet.) Wenn der Beklagte erst nach erfolgter Litiscontestation in petitorio eine Spoliation von Seite seines Gegners erleidet, so kann er darauf dringen, daß die Verhandlungen in petitor. sistirt werden sollen. Clem. un. cit. — Ueber die Zulässigkeit der except. spolii gegen die

weisen kann, was übrigens binnen 15 Tagen geschehen soll[4]. — b) Daß einer petitorischen Klage auch ein interdictum *retinendae* possess. als Widerklage entgegengesetzt werden könne, ist nicht zu bezweifeln[5]; nur muß sich freilich der Beklagte die langsamere Verhandlung seines possessorischen Rechtsmittels gefallen lassen, wenn die petitorische Klage zu dem ordentlichen Verfahren geeignet war[6]. c) Ein interdict. *adip.* poss. kann aber als Widerklage gegen eine auf dasselbe Object gerichtete petitorische Klage wohl gar nicht vorkommen, weil die letztere voraussetzt, daß sich der Beklagte ohnehin schon im Besitze befindet.

---

actio spolii selbst s. Geiger, in der Zeitschrift von Linde. Bd. XIII. S. 287 und 288.

[4]) c. 1. in 6. 2. 5. (De restit. spol.) Die bloße Antretung des Beweises reicht jedoch nicht hin, sondern der Beweis muß binnen der 15tägigen Frist vollständig erbracht werden. Geiger a. a. O. S. 290. nro. 4. — Die Praxis weicht indessen freilich hiervon ab. — Seit dem J. R. A. dürfte übrigens das Privilegium der except. spolii kaum mehr als bestehend anzunehmen seyn. S. Gensler, Comm. I. S. 275.— Linde, Lehrb. §. 203. not. 9.

[5]) arg. c. 2. X. 2. 12. (De causa poss. et propriet.) — In den Voraussetzungen der beiden Rechtsmittel liegt in diesem Falle kein Grund, sie für unvereinbar zu erklären, da der mit der rei vindicatio angegriffene Besitzer von dem Vindicanten allerdings im Besitze gestört worden seyn konnte.

[6]) Denn der Kläger ist nicht schuldig, aus dem Grunde sein Recht auf das ordentliche Verfahren aufzugeben, weil der Beklagte einen Anspruch in dieses Verfahren hereinzieht, welchen er auch in einem besonderen Processe hätte ausführen können.

§. 79.

Fortsetzung.

Wirkung der Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites.

Die Wirkung einer zulässigen, oder wenigstens von der Partei, welche dagegen protestiren könnte, zugelassenen Verbindung des Petitoriums mit dem Possessorium besteht in processualischer Hinsicht zunächst darin, daß beide Sachen in denselben Acten instruirt und zu dem Spruche vorbereitet werden [1]. Werden nun dieselben I. auch zu gleicher Zeit spruchreif, so soll auch der Richter nach der Bestimmung des Canonischen Rechtes über beide in demselben Urtheile entscheiden [2]. — Das Canonische Recht schreibt dieses selbst für den Fall vor, wenn sich aus den Acten ergibt, daß das Recht dem Gegner derjenigen Partei zugesprochen werden muß [3], welche in possessorio die Oberhand erhält. Weil jedoch hiebei zugleich verordnet ist, daß bei der Execution eines solchen Doppelurtheils mit dem Vollzuge des petitorischen Spruches der Anfang gemacht werden soll [4], folglich der Sieg in possessorio keinen reellen Nutzen gewährt, so wird in der Praxis gewöhnlich das possessorium im Urtheile gänzlich übergangen, und nur in petit. allein

---

1) c. 2. X. 2. 12. (De causa poss. et propr. — *Boehmer*. J. E. P. lib. II. tit. 12. §. 11. — Martin (Lehrb.) §. 247. F. C. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. I. S. 149.

2) c. 6. X. eod.

3) Vergl. c. 3. X. 2. 12. *Boehmer*, l. c.

4) c. 6. X. cit. „Sed licet in *pronunciatione* sit possessio praemittenda; in *executione* tamen debet proprietas praevalere.“

gesprochen [5]). — II. Sollte allenfalls das Possessorium schneller zum Spruche reif werden, als das Petitorium, so braucht der Richter nicht bis zur vollendeten Instruction des letzteren zuzuwarten, sondern er darf auch vorläufig über den Besitzstand allein erkennen [6]). — Ob in diesem Falle noch eine nachträgliche Fortsetzung des petitorischen Streites statthaben soll, oder nicht, wird davon abhängen, wer als Kläger in petit. aufgetreten ist, ob Derselbe, dem der Besitz zuerkannt, oder der in dem Besitze geschützt wird, oder sein Gegner. Der erste hat jetzt keine Ursache mehr auf Fortsetzung des petitorischen Streites zu dringen [7]), wohl aber der letzte [8]).

III. Wenn umgekehrt über das Petitorium früher ein Endurtheil möglich ist, als über das Possessorium, so kommt es darauf an, ob in diesem Urtheile einem streitenden Theile wirklich das in Frage stehende Recht zuerkannt werden kann, oder ob nicht etwa die in dieser Hinsicht gepflogenen Verhandlungen das Resultat geben, daß der petitorische Kläger (z. B. wegen mangelnden Beweises) abzuweisen sey. — In dem ersten Falle läßt

---

5) *Boehmer*, l. c. in f. — Gesterding a. a. O. S. 150 flg. — Aus der in der vorigen Note angeführten Vorschrift des Canon. Rechts haben die Praktiker die Regel abgeleitet „petitorium liquidum absorbet possessorium.“ — Vergl. darüber: Gesterding, Nachforsch. I. No. 6. — Roßhirt, in s. Zeitschr. Bd. I. H. 2. S. 234 flg.

6) c. 2. X. 2. 12. c. 36. X. 2. 20. (De testib. et attest.)

7) Denn da er durch das possessorische Urtheil in den Besitz gesetzt, oder in demselben geschützt wird, so braucht er sein Recht nicht mehr zu beweisen.

8) Denn es ist ja möglich, daß der Unterliegende seinen rechtlichen Anspruch noch vollständig beweist, und dann muß ihm der Sieger in poss. wieder weichen.

die Praxis nach der Regel: petitorium absorbet possessorium sogleich ein Urtheil in petit. zu, ohne daß eine Fortsetzung des noch unvollendeten Besitzstreites verlangt werden dürfte. — In dem zweiten Falle dagegen dürfte es wohl das Zweckmäßigste seyn, das Urtheil in petitorio für jetzt zu suspendiren, und das Possessorium vollends verhandeln zu lassen, weil, — wenn auch in petit. gesprochen würde, doch auf Fortsetzung des Possessoriums bestanden werden könnte.

---

§. 80.

C. Rechnungsproceß.

Begriff.

Zwischen Personen, von denen eine der andern zur Ablage einer Rechnung verpflichtet ist, kann es aus zwei verschiedenen Gründen zu einem gerichtlichen Streite kommen; entweder: 1) weil sich der verpflichtete Theil weigert, die Rechnung abzulegen; oder 2) weil die Richtigkeit der bereits abgelegten Rechnung angefochten wird. — Ein Streit der ersten Art hat in Ansehung des Verfahrens nichts Außerordentliches, und kann nach Beschaffenheit der Umstände, bald nach den Regeln des ordentlichen, bald nach den Grundsätzen des irregulär oder regulär summarischen Processes zu verhandeln seyn [1].

---

[1]) A. M. ist zwar v. Gönner, im Hdb. Bd. IV. Abh. LXXV. §. 3 flg. Allein die von demselben angeführten Gründe für die summarische Eigenschaft eines solchen Verfahrens sind nicht hinreichend, da die Klage auf Rechnungsablage keineswegs immer als Vorbereitung eines eingentlichen Rechnungsprocesses angesehen werden muß. Daß unter den er-

Wenn aber die Richtigkeit einer bereits gestellten Rechnung [2]) vor einem Civilgerichte [3]), und damit dieses darüber entscheide, Gegenstand eines Streites unter den

---

forderlichen Voraussetzungen bedingte oder unbedingte Mandate erlassen, ja sogar Arrestverfügungen getroffen werden können (§ 5 a. a O.), ist zwar richtig, allein daraus folgt noch keineswegs, daß da, wo die Requisite dieser Proceßarten mangeln, wenigstens regulär summarisch verhandelt werden müsse. — In dieser Hinsicht hat auch v. Gönner, bei den spätern Proceßlehrern keine Beistimmung gefunden. — Vgl. Martin, §. 260. not. a. — Gensler, Comm. II. S. 99. — Süptiz, Lehrb. §. 55. Nr. 1. — Linde, Lehrb. §. 339. not 1.

[2]) Unter einer Rechnung im engeren Sinne versteht man zwar nur solche schriftliche Aufsätze, in welchen Einnahmen und Ausgaben zusammengestellt und gegeneinander gehalten werden. Aus diesem Grunde wollen auch Einige einen Rechnungsproceß in dem Falle nicht annehmen, wenn der Kläger seine Klage bloß einer Specification seiner Forderungen beilegt. — (Gensler, Comm. II. S. 99.) — Allein die abgekürzte Form der Beantwortung solcher Specificationen stimmt doch mit der im Rechnungsprocesse üblichen vollkommen überein.

[3]) Wenn die Obervormundschaftsbehörde während der Dauer der Vormundschaft dem Tutor die Rechnung abfordert und prüft, so ist dieses Verfahren eben so wenig ein wahrer Rechnungsproceß, als wenn die Finanzbehörden einem Beamten die Rechnung abfordern und dieselbe revidiren. Denn ein Proceß kann nur vor dem Richter verhandelt und entschieden werden. Die Obervormundschaftsbehörde handelt aber im Interesse des Pflegbefohlenen und die Finanzstelle im Interesse des Aerars. Eine Anerkennung der Rechnung von ihrer Seite kann wohl als Verzicht, aber nicht als Urtheil gelten. Dr. W. H. Puchta, Handb. des ger. Verf. in Sachen d. freiwilligen Gerichtsb. Thl. II. S. 403. (Ausg. 2.) — A. M. ist v. Gönner a. a. O. §. 4. und §. 19. Nr. 5.

Parteien wird, dann ist ein Rechnungsproceß im eigentlichen Sinne vorhanden.

Genau betrachtet enthält ein solcher Rechnungsproceß so viel einzelne Processe, als einzelne Rechnungsansätze bestritten werden. — Da jedoch diese Ansätze als sich wechselseitig aufeinander beziehende Theile eines Ganzen, oder als bedingende Voraussetzungen des Gesammtresultates der Rechnung erscheinen, so würde eine getrennte Verhandlung der dagegen erhobenen Einwendungen eben so unzweckmäßig seyn, als bei dem oftmaligen Wiederkehren gleichartiger Einwendungen die Vorschrift, jede derselben mit der Ausführlichkeit vorzutragen, wie Dieses im ordentlichen Processe zu geschehen pflegt [4]).

---

§. 81.

Verfahren.

Die Frage, wer im Rechnungsprocesse als Kläger und wer als Beklagter zu betrachten sey, dürfte kaum auf andere Art richtig zu beantworten seyn, als so: Wer in Folge einer Geschäftsführung, über welche bereits eine Rechnung abgelegt worden ist, rechtliche Ansprüche zu haben glaubt, und diese Ansprüche zuerst gerichtlich verfolgt, — ist Kläger [1]). Weder der Rechnungssteller,

---

[4]) Denn alle Einwendungen sind zuletzt doch entweder darauf gerichtet, daß in der Einnahme zu wenig angesetzt, oder daß eine vorgetragene Ausgabe gar nicht, oder daß sie unbefugter Weise gemacht wurde.

[1]) Es versteht sich hiebei von selbst, daß die Rechnung im Ganzen Gegenstand des Streites seyn muß. Denn wird nur ein einzelner Punkt ausgehoben, und in Ansehung des-

noch der Rechnungsempfänger kann demnach immer als Kläger betrachtet werden, sondern bald wird Diesem, bald Jenem diese Parteirolle zugeschrieben werden müssen. Hat nämlich der Geschäftsführer nach dem Resultate der von ihm gestellten Rechnung von dem Geschäftsherrn noch einen Activsaldo zu fordern, welchen der letztere entweder ganz, oder theilweise zu bezahlen sich weigert, und dringt er nun unter Beilage der Rechnung auf Bezahlung dieses Restes, so ist er — der Rechnungssteller — Kläger [2]). Wenn dagegen der Geschäftsherr in der ihm gestellten Rechnung Unrichtigkeiten zu finden glaubt, in Folge welcher er mehr von dem Rechner zu fordern hätte, als dieser zugibt, — und wenn er nun, — weil sich der letztere zur Vergütung dieses Mehrbetrages nicht verstehen will, richterliche Hülfe sucht, so erscheint er, — der Geschäftsherr, als Kläger. — Das Verfahren stimmt in beiden Fällen mit dem ordentlichen darin überein, daß die Klage sammt der Rechnung dem Beklagten zur Vertheidigung mitgetheilt wird. — Nur darin zeigt sich eine Abweichung, daß die Einwendungen gegen die einzelnen Rechnungs-Ansätze nicht mit der gewöhnlichen Ausführlichkeit, sondern nur in kurzen apho-

---

selben allein Klage gestellt, so entsteht kein Rechnungsproceß. — v. Gönner, Hdb. IV. S. 122. lit. B.

[2]) Morstadt, zu Genslers Comment. II. S. 100 not. 1 u. 2. — Claproth. (Grds. von Verfert. und Abnahme der Rech. Gött. 1783.) S. 62. hält immer den Rechnungsleister, — v. Gönner (a. a. O. S. 123) immer den Geschäftsherrn für den Kläger. — Daß die Rechnung selbst, als bloße Darstellung und Abwägung der Einnahmen und Ausgaben, für sich allein betrachtet, weder eine eigentliche Klage, noch eine Exceptionsschrift ist, kann nicht bezweifelt werden. Sie enthält nur den Stoff zu Klagen, Einreden und Widerklagen.

ristischen Sätzen vorgetragen werden [3]. — Diese Einwendungen selbst sind aber bald als negative Einlassungen, bald als Einreden oder Reconventionen zu betrachten, und hiernach ist auch die Frage zu beantworten, welcher Partei der Beweis aufgelegt werden soll. — Ist I) in einem gegebenen Falle der Rechnungsleister Kläger, und der beklagte Geschäftsherr läugnet eine Ausgabe, oder widerspricht die Befugniß des Geschäftsführers zur Bestreitung derselben, so liegt in dieser Einwendung (monitum) offenbar eine negative Einlassung [4], weßhalb auch der Beweis dem Rechnungssteller aufzulegen ist. Behauptet aber der Beklagte, daß der Rechner weniger in Einnahme gestellt, als wirklich eingenommen habe, so enthält dieses Monitum eine Widerklage oder resp. eine Einrede (exc. compens.) [5], und hierüber muß im Falle eines erfolgenden Widerspruches er den Beweis übernehmen, wenn nicht etwa das „Soll" der Einnahme schon unzweifelhaft dargethan ist. — II) Ist der Geschäftsherr als Kläger mit einer Anfechtung der ihm gelegten Rechnung aufgetreten, so stellt sich die von ihm behauptete Mehreinnahme als Klage, — der Widerspruch der Existenz, oder Rechtmäßigkeit einer Ausgabe aber als anticipirte negative Einlassung auf eine ihm (durch die Rechnung) außergerichtlich be-

---

[3]) Martin, Lehrb. §. 260.

[4]) Denn die Behauptung des Rechnungsstellers, daß er bei der Geschäftsführung Auslagen bestritten habe, welche er nun vergütet haben will, bildet das Fundament der actio mand. contrar.

[5]) Eine Widerklage insofern, als durch diese behauptete Mehreinnahme ein Deficit im Ganzen entstehen würde; — eine Einrede dann, wenn dadurch nur die Gegenansprüche des Rechnungsstellers im Ganzen gemindert würden.

kannt gewordene Gegenforderung (welche Stoff zu einer Widerklage oder Einrede geben kann) dar [6]. Daher muß die behauptete Mehreinnahme im Falle des Widerspruches von dem Kläger, die widersprochene Ausgabe aber von dem Beklagten bewiesen werden.

---

§. 82.

Fortsetzung.

Ueber das weitere Verfahren nach geführter Vertheidigung ist Folgendes zu bemerken:

I. Da der Rechnungsproceß eine Cumulation von Klagen und Widerklagen voraussetzt, so soll der Richter sich vor Allem die processualische Eigenschaft eines jeden einzelnen Streitpunktes klar zu machen suchen, und die Instruction nach den gewöhnlichen Regeln so lange fortsetzen, bis kein solcher Punkt mehr übrig ist, in Ansehung dessen er nicht wenigstens ein Beweisinterlocut fällen könnte. Ob dabei ein mündliches Verfahren zum Protokolle, — oder ein schriftliches den Vorzug verdient — hängt von dem Umfange der Rechnung und von der

[6]) Der Vortrag der Ausgaben in der Rechnung selbst ist noch nicht als Klagevortrag zu betrachten. Denn wie sollte eine Klage vor der wirklichen Entstehung der gerichtlichen Streitverhandlung, welche erst der Rechnungsempfänger begonnen hat, denkbar seyn? Aber der Kläger ist durch die Rechnung darauf vorbereitet, daß ihm sein Gegner diese oder jene Ausgabe als Reconvenient oder Excipient entgegenhalten werde, und anticipirt daher seine Replikerinnerungen schon in der Klageschrift.

Beschaffenheit der gegebenen Verhältnisse ab. Bei einigermaßen verwickelten Rechnungen scheint aber ein schriftliches Verfahren mehr Gründe für sich zu haben, als ein mündliches [1].

II. Ist kein Streitpunkt mehr übrig, der nicht wenigstens zum Beweise reif wäre, so erfolgt ein Gesammterkenntniß, welches sich über alle bestrittenen Posten verbreitet. Sehr zweckmäßig ist es hiebei, nicht bloß Einnahmen und Ausgaben zu trennen, sondern sowohl bei jenen, als bei diesen auch die einzelnen Punkte, worüber eine gleichartige Entscheidung erfolgen, . B. auf Beweis erkannt werden muß, wieder in eigene Classen zusammenzustellen [2].

III. Das in Folge dieses Erkenntnisses nöthig werdende Beweisverfahren richtet sich nach den allgemeinen Regeln des unbestimmt summarischen Processes.

IV. Ist auch das Beweisverfahren hinsichtlich aller dazu geeigneten Streitpunkte geschlossen, so wird das Definitivurtheil [3]) gefällt, und nach eingetretener Rechtskraft die endliche Berechnung gezogen [4], nach deren Resultaten entweder der Rechnungsführer dem Geschäftsherrn

---

[1]) S. v. Gönner a. a. O. S. 128. nro. 3.

[2]) Martin, Lehrb. §. 260. not. i.

[3]) Daß gegen dieses Urtheil sowohl, als auch gegen das erste Erkenntniß die gewöhnlichen Rechtsmittel zugelassen werden müssen, ist keinem Zweifel unterworfen.

[4]) Wegen eines bloßen Rechnungsverstoßes (error calculi) braucht übrigens diejenige Partei, welche dadurch leiden würde, kein ordentliches Rechtsmittel einzuwenden, sondern solche Fehler kann der erkennende Richter selbst wieder verbessern. — Fr. 1. §. 1. D. (49. 8). — Vergl. c. un. C. (2. 5.)

ein Deficit zu ersetzen, oder der Geschäftsherr dem Rechnungsführer den Ueberschuß zu vergüten hat, welcher durch die verrechneten Einnahmen nicht gedeckt wird [5]).

---

[5]) Gensler, Comm. II. S. 102. — Ueber die Trennung des Liquiden vom Illiquiden im Rechnungsverfahren s. v. Gönner a. a. O. S. 131 flg.